سلسلة أبحاث قانونية مقارنة

عقد ال BOT

تأليف

القاضي

الدكتور الياس ناصيف

عقد الـ BOT

سلسلة أبحاث قانونية مقارنة

٦

عقد الـ BOT

القاضي
الدكتور الياس ناصيف
مستشار في محكمة التمييز
أستاذ في كليات الحقوق

٢٠٠٦

توزيع المؤسسة الحديثة للكتاب
طرابلس - لبنان - مقابل قصر العدل
تلفون: ٠٦/٤٢٤٢٣٣ - ٠٦/٣٨٥٤٦٩ - ٠٣/٨٣٣٩٣٢
ص.ب.: ٢٤

مقدمـــــة

عقد ال BOT هو الجزء السادس من سلسلة الابحاث القانونيـــة المقارنة، التي عقدت العزم عن طريقها على البحث في عقود ومواضيع جديدة، ابتكرها رجال الاعمال، ونظمت احكامها التشريعات،وانتشـــرت في العالم الرحب على نطاق واسع تجاوز حدود الدولة الجغرافية الـــى رحاب العالم الاقتصادي الذي لا يعرف الحدود، والذي اصبح مع تطور العلوم قرية الكترونية.

والحقيقة هي ان مثل هذه العقود، ذات الصفة الدوليـــة، لاقــت نجاحا منقطع النظير، وانبثق عنها تقنيات متطـــورة، وواكبتـــها رؤوس اموال ضخمة، وشركات متخصصة،وجهت نشاطها نحو آفاق عالميـــة، وتزينت بأرقى العلوم واكثرها تطورا وملائمة، مما ساهم في الاتجـــاه نحو نظام العولمة، وما رافقه من ايجابيات وسلبيات، وما انبثق عنه من اتساع نشاط المؤسسات الكبيرة وابتلاعها المؤسسات الصغـــيرة التـــي اصبحت محدودة النشاط، واضطرار الدول النامية الى الدخول في هـــذا النظام، ولو على حسابها، والا فاتها الركب، وقبعت في زوايا التخلف.

وادى التنافس بين الشركات ذات النشاط الدولي ومنها تلك التـــي تعنى بالاستثمار البترولي، وشق الانفاق بـــرا وبحـــرا، والتجـــهيزات العسكرية والطبية والتعليمية، وتجهيزات الماء والكهرباء والاتصـــالات السلكية وللاسلكية وتحلية مياه البحار، وسواها، الى تحســين اداء هـــذه

الشركات، وتطورها العلمي والتكنولوجي، والابتكار في خلق الاساليب التي تعبر عن خصوصياتها وجودة ادائها، وتؤمن لها سبل النجاح والتخصص في بعض الاعمال والنشاطات، مما ادى بدوره الى انماء الوعي الاجتماعي والتقدم العلمي.

ولقد ساهمت عقود ال BOT في تنفيذ تطور مفهوم وظائف الدولة والمال العام والانفاق، بعدما بدأت الدولة منذ عقود، بتطوير نشاطها ووظائفها، من الدولة الدركي (L'Etat gendarme) الى الدولة الرحمان، واخذت تتدخل في الانشطة التجارية والصناعية والزراعية والخدمية والتعليمية والصحية والتربوية والانمائية وسواها.

ومع هذا التطور الذي استلزم موازنة عامة ضخمة من اجل القيام بوظائف الدولة الحديثة، بدأ التفكير بأنجع الاساليب التي تؤمن لها التوازن المالي من دون ان تلجأ الى فرض المزيد من الضرائب، التي يئن الشعب تحت وطأتها، فوجدت ان أنجع الاساليب واسلمها هو اشراك القطاع الخاص في خدمات القطاع العام.

وكان السؤال ! هل يحق للقطاع الخاص ان يتدخل في وظائف القطاع العام، ولا سيما اذا كانت هذه الوظائف، مما يجب احاطتها بالسرية التامة، كالتسلح مثلا، وانشاء التجهيزات والتحصينات العسكرية وسواها.

وكان الجواب في بعض جوانبه، في ابتداء فكرة عقود ال BOT، حيث توكل الدولة الى شركات القطاع الخاص (شركة المشروع) مهمة القيام باعمال تدخل في نشاطات القطاع العام، عن طريق منح

هذه الشركات امتيازات وفقا للاصول التـــي ينــص عليــها الدســتور والقوانين التي ترعى هذه الامتيازات، من اجل تنفيذ بعــض الاعمــال والمشاريع التي هي اساسا من وظائف القطاع العام، علـــى ان تمــول الشركات الخاصة المشار اليها هذه المشاريع باموالها الخاصة، من دون ان ترهق الموازنة العامة، او تكلف الادارة العامة باية نفقات، وعلى ان تؤمن استعادة نفقاتها ومصاريفها وتأمين ارباحها، مما تســـتوفيه مــن رسوم ، مباشرة من ابناء الشعب الذين يستفيدون من خدمات المشروع، شرط ان يتم ذلك كله تحت سيطرة واشراف ورقابـــة القطـــاع العــام، وتحديدا الادارة المانحة، التي تحدد مقدار الرسوم وكيفية استيفائها،كمــا تعين كيفية تنفيذ المشروع، والاشراف عليه، وربما فــرض العقوبــات على شركة المشروع اذا استلزم الامر ذلك، والزامها القيـــام ببعــض الاعمال الاضافية، او بالاستغناء عن القيام ببعضها الآخر مما هو متفق عليه. وعلى ان تؤمن الادارة حقوق المتعهد (شركة المشـــروع) فـــي جميع الاحوال.

ولما كان عقد ال BOT من العقود التي تكـــون الادارة العامـــة طرفا فيه، وهو يتعلق بانشاء وتنفيذ مرفق عام،ويتضمن بنودا خارقـــة، نظرا لحق الادارة في ان تفرض على شـــركة المشـــروع التزامـــات، بصرف النظر عن قبولها او عدم قبولها بهذه الالتزامات، فينطبق عليــه اذن صفة العقد الاداري.

وبما ان العقود الادارية لها مقوماتها وقواعدهـــا الخاصـــة، ولا يمكن دراسة عقود ال BOT الا في نطاق هذه المقومات والقواعــد، وان

كانت لا تخلو من بعض الصفات الخاصة، وخوفا من ان يختلط الامـر ويلتبس بين ما هو عام او خاص في عقود ال BOT ، رأينا انـه مـن المناسب ان نخصص فصلا تمهيديا مستقلا، وان كان مقتضبـا، للعقـد الاداري، يكون مدخلا الى دراسة عقد ال BOT فقسـمنا الكتـاب الـى الفصول الآتية :

فصل تمهيدي : العقود الادارية

الفصل الأول : ماهية عقود ال BOT واشكالها والتمييز بينهـا وبين بعض العقود وطبيعتها القانونية.

الفصل الثاني : اهمية عقود ال BOT

الفصل الثالث : انشاء عقـد ال BOT

الفصل الرابع : آثار عقـــد ال BOT

الفصل الخامس: التحكيم في عقد ال BOT

الفصل السادس: انهاء عقـد ال BOT

لم تخل دراسة عقود ال BOT من صعوبـات رافقتـها، ومـن اهمها، ان موضوعها، على صعيد البحث القانوني ما يزال في بداياتـه، ولم يتسن للاجتهاد بعد الخوض في هذا الموضوع من الباب الواسـع. كما ان هذا العقد ما يزال، من الناحية العملية في انطلاقته الاولى، فـي لبنان وسائر الدول العربية. ومع ذلك فقـد تسـنى لنـا تذليـل هـذه الصعوبات، بالاطلاع على الآراء والنظريات التي تناولت هذا العقـد،

وبالاطلاع على التجارب التي قامت بها الدول المتطورة، وبعض الدول العربية، ومنها مصر والكويت.

وبعد فهذا هو الجزء السادس من " سلسلة ابحاث قانونية مقارنة ": وقد برز الى حيز الوجود الفعلي ليحتل مكانه الى جانب اخوته في هذه السلسلة، فعسى ان اكون قد حققت به ما اصبو، اليه في مسيرة آليت على نفسي ان اتابعها بعون الله، مهما بلغت الصعاب، وعن ان يلاقي نجاحا ورواجا بين المهتمين بدراسة هذا النوع من العقود من القانونيين ورجال الاعمال والاقتصاد، تعزيزا للثقة والاخلاص في العمل الذي لا ادعي بلوغ الكمال فيه، بل ارتقب بشغف النقد البناء حوله، والتعاون بين رجال القانون العرب، من اجل السعي بثبات واضطراد الى بلوغ النجاح.

فصل تمهيـــدي

العقود الاداريـــــــــة

تمهيـــــد

تكون الاعمال الادارية التي تقوم بها السلطات الاداريـــــة، امـــا قرارات ادارية، تصدر بالارادة المنفردة للادارة، واما عقودا اداريـــــة، وهي اعمالا يتعاقد بشأنها الادارة من جهة، والمتعاقد معها مـــن جهـــة اخرى، من اشخاص طبيعيين ومعنويين، مما يعنـــي التقـــاء ارادتيـــن متعاقدتين تسودهما فكرة التراضي، على غرار التعاقد في العقد المدني.

غير انه يفرق بالنسبة الى العقود التي تجريها الادارة بين العقود العادية والعقود الادارية. ففي العقود العادية تكون العلاقة بيـــن الادارة والمتعاقدين معها، خاضعة كسواها من العقود بوجه عام، لاحكام القانون المدني. اما في العقود الادارية فتطبق احكام القانون الاداري.

فاذا استأجرت الادارة عقارا او مكاتب، تكون بعملها هـــذا قـــد تعاقدت كما يتعاقد الافراد، وتطبق عليها احكام عقد الايجار واذا بـــاعت محاصيل زراعية ناتجة عن اموالها الخاصة، فتكون ايضا قد اجـــرت عقد بيع عادي خاضع لاحكام عقد البيع المنصوص عليه فـــي القـــانون المدني.

اما اذا تعاقدت الادارة مع احد الملتزمين لانشاء مرفق عـــام او ادارته، فتكون قد اجرت عقدا اداريا خاضعا لاحكام القانون الاداري.

يقتصر موضوع دراستنا هذه على العقود الادارية، وليس على العقود الخاصة التي تقوم بها الادارة. مع الاشارة الى الدور المهم الذي لعبه القضاء في ابتداع القواعد والنظريات لتحديد مفهوم العقد الاداري وخصائصه وتمييزه عن العقد العادي. وإذا كان التشريع مصدرا لبعض القواعد التي تحكم العقود الادارية، فان الكثير من مصادرها كان وليد اجتهادات القضاء الاداري، الذي استقر وترسخ في اجتهادات مجلس الدولة الفرنسي، ثم اجتهادات مجلس شورى الدولة اللبناني، ومجلس الدولة المصري، وسواها من المحاكم الادارية العربية والاجنبية.

ندرس فيما يأتي : معيار التمييز بين العقد الاداري والعقد المدني، النظام القانوني للعقد الاداري، والقضاء المختص للفصل في المنازعات الادارية.

اولا - التمييز بين العقد الاداري والعقد المدني

ورد في الفقه والقضاء ثلاثة معايير للتفريق بين العقد الاداري، والعقد المدني، هي :

أ - المعيار الاول : ان يكون احد طرفي العقد من اشخاص القانون العام

بمقتضى هذا المعيار، يجب، لكي يعتبر العقد اداريا، ان يكون احد اطراف العقد شخصا معنويا عاما.

من الاشخاص المعنويين العامين الدولة ممثلة بوزاراتها واداراتها، والاشخاص العامة المرفقية، كالمؤسسات العامة، ونقابات

المهن الحرة، والغرف التجارية والصناعيـــة والزراعيـــة، والادارات المحلية كالبلديات. وقد قضى مجلس شورى الدولة بان العقـــود التـــي تجريها المصالح المستقلة والمؤسسات العامة، فـــي نطـــاق ممارســـتها امتيازات السلطة العامة، ومن اجل تسيير المرفق الذي تتـــولاه، هـــي مـــن العقود الادارية، ويعود أمر النظر بها الى القضـــاء الاداري [1]. وعلى العكس من ذلك اذا كانت المؤسسة العامة لا تمارس امتيـــازات السلطة العامة، فلا يكون معها العقد اداريا. ولذلك قضي بانه من المسلم به قانونا انه لا يكفي ان تكون الادارة او احدى المؤسسات العامة طرفا في العقد كي يكون العقد اداريا. فمصلحة مياه عين الدلبة، وان كـــانت مصلحة عامة، الا انها مؤسسة عامة تجارية وصناعية، تعمل بما خص الموضوع الذي وجدت لتحقيقه كالاشخاص العـــاديين. والعقـــود التـــي تجريها المؤسسات العامة التجارية او الصناعية، هـــي مبدئيـــا عقـــود عادية، ما لم تحتو على بنود خارقة للقانون، او انها تشرك المعقود معه في تحقيق موضوع المصلحة العامة [2].

اما الاشتراك في الشبكة الهاتفية، فقد اعتـــبره قضـــاء مجلـــس شورى الدولة اتفاقية تعقد بين ادارة الهاتف، واي شـــخص حقيقـــي او معنوي لاستعمال الهاتف. ويستفاد من المادة الاولى من المرسوم رقـــم ٨٢٩٢ تاريخ ١٩٦١/١٢/٢٧ ان الاشتراك هـــو عقـــد اداري تجريـــه الادارة تنفيذا لمصلحة عامة، ويدخل امر النظر في العقـــود الاداريـــة

---

[1] – مجلس شورى الدولة، ق ١١٢ ت ١٩٩٤/١١/٣٠، مجلة القضاء الاداري، عـــدد ٩ ، ص ١١٦

[2] – المحكمة الابتدائية، ١٩٦٤/٤/١٠، ن.ق. ١٩٦٤، ص ٤١٠

والهيئات الخاصة، الا آنه من المقرر انه متى استبان ان تعاقد الفرد او الهيئة الخاصة، انما هو في الحقيقة، لحساب الادارة ومصلحتها، فان هذا التعاقد يكتسب صفة العقد الاداري، اذا ما توافرت فيه العناصر الاخرى، التي يقوم عليها معيار تمييز العقد الاداري [١].

كما قضى اجتهاد مجلس شورى الدولة اللبناني بانه يشترط، اساسا، لقيام العقد الاداري، كون احد فرقائه شخصا معنويا عاما،سواء تعاقد بنفسه او بواسطة نائب عنه يعمل باسمه ولمصلحته، الا اذا نص القانون، في حالات خاصة، على خلاف ذلك [٢].

ولكن العقد لا يعتبر اداريا اذا تدخل فيه شخص معنوي عام بتدبير اداري يتعلق بالعقد الجاري بين شخصين خاصين. وتطبيقا لذلك قضى اجتهاد مجلس شورى الدولة بانه اذا كان العقد قد تم اصلا بين شركتين من اشخاص القانون الخاص فانه ينبني على ذلك عدم اعتباره عقدا اداريا، ويبقى متصفا بهذه الصفة، وان حلّت المستدعى ضدها (الادارة الخاصة) محل احدى الشركتين [٣]. وقضى اجتهاد مجلس شورى الدولة ايضا بأن الاجتهاد مستقر على اعتبار العقد القائم بين وزارة البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية والمستفيدين من الخدمات الهاتفية، من العقود المدنية، كونه لا يتضمن أي معيار من المعايير التي

---

[١] – المحكمة الادارية العليا في مصر، ١٩٦٣/٣/٧

[٢] – مجلس شورى الدولة، رقم ٩٠ ت ١٩٩٤/١١/٢٣، مجلة القضاء الاداري، عدد ٩، سنة ١٩٩٦، ص ٩٩

[٣] – مجلس شورى الدولة، ق ٩٠ ت ١٩٩٤/١١/٢٣، مجلة القضاء الاداري، عدد ٩، ص ٩٩

تميز العقد الا داري، وان صلاحية البت بالخلافات الناشئة عـــن هــذه العقود تعود الى المحاكم المدنية [1] .

والعبرة بصفة الشخص المعنوي العام هي بتاريخ ابرام العقـــد. فاذا كانت هذه الصفة متوافرة في هذا التاريخ، يتحقق الشرط القــاضي، بوجوب ان تكون الادارة طرفا في العقد، حتى ولو تغيرت الصفة، فيما بعد، من شخص من اشخاص القانون العام الى شخص مـــن اشـــخاص القانون الخاص، اذ ان تبدل الصفة بعد ابرام العقد، لا يؤثر على تحقــق الشرط.

هل من الضروري ان تكون الادارة فريقا في العقد لكي يعتـــبر عقدا اداريا ؟

يرى الفقه والقضاء المصريان ذلك [2] امــــا الفقــه والقضـــاء الفرنسيان فكانا يعتبران ايضا أن العقد لا يمكن ان يكون اداريـــا، الا اذا كان احد المتعاقدين فيه شخصا من اشخاص القانون العام المعنوييـــــن كالدولـــة والسلطات المحلية والمؤسسات العامة. ولكنهما اقلعا فيما بعــد عن هذه القاعدة، واعتبرا ان العقد يمكن ان يكون اداريا حتى ولو لـــــم يكن احد المتعاقدين من اشخاص القانون العام [3]، حيث قضـــت بذلـــك

---

[1] – مجلس شورى الدولة، ق ٢٤١ ت ٢٠٠١/١٢/١٣، مجلة القضاء الاداري عـــدد ١٧، ص ٢٥٩

[2] – محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ واحكام القانون الاداري، ط ٢٠٠٥، ص ٤٩٤.

[3] – داللوز، ١٩٦٣، ٥٣٤، تعليق جوس، الاسبوع القضائي، ١٩٦٣، ٢، ١٣٣٧٥، تعليق اوبي، مجلة القانون العام ١٩٦٤، ٧٦٧، تعليق فابر وموران، القرارات الكـــبرى، رقــم ١٠٦، ص ٥١٠

محكمة خل الخلافات في قرارها تاريخ ١٩٦٣/٧/٨ الصادر في قضية شركة اوتوروت استريل، وخلاصتها ان المادة ٤ من قانون ١٨ نيسان ١٩٥٥، قد اجازت للدولة، اعطاء بعض الهيئات العامة والشركات المختلطة امتيازا لانشاء الطرق واستثمارها باستيفاء رسوم مرور عليها. وعملا بهذه المادة اعطت الدولة الشركة المذكورة، امتيازا لانشاء طريق لاستثمارها. فتعاقدت هذه الشركة مع شركة بيرو لتنفيذ بعض الاشغال. وعلى اثر خلاف بين هاتين الشركتين، اعتبرت محكمة حل الخلافات في قرارها المشار اليه، ان انشاء الطرق يشكل أشغالا عامة يعود النظر فيها الى المحاكم الادارية، سواء تولت الدولة انشاء هذه الطرق بنفسها او بواسطة شركة مختلطة. وان العقد الحاصل بين الشركتين المذكورتين هو عقد اداري خاضع للقضاء الاداري.

المعيار الثاني : تنفيذ مرفق عام

يقتضي لكي يكون العقد اداريا، ان يكون متعلقا بتنفيذ مرفق عام، سواء لجهة تنظيم المرفق العام او استثماره او تسييره او انشائه او ادارته.

والمرفق العام هو المشروع الذي تنشئه الادارة او تشرف على ادارته، ويعمل بانتظام واستمرار، وتستعين بسلطاتها لتأمين الحاجات العامة المطلوبة للمواطنين والناس، او تقديم الخدمات العامة، ولا

يكون هدف الادارة الرئيسي من ذلك، تحقيق الربح، وانما تحقيق المنفعة العامة [1].

وحكمة هذا الشرط،هي ان ضرورات المرافق العامة، ومقتضيات سيرها بانتظام واضطراد، هي التي تبرر النظام القانوني الاستثنائي والمميز للعقود الادارية، التي تختلف عن العقود المدنية.

وطالما انه يقتضي ان يتناول، العقد مرفقا عاما لكي يعتبر اداريا، ذهب الاجتهاد الى ان العقود التي يكون موضوعها ادارة الاموال الخاصة للادارة العامة، لا تعتبر عقودا ادارية، مهما تضمنته من بنود، حتى ولو كانت خارقة [2]. واعتبر مجلس شورى الدولة، انه لا تدخل ضمن اختصاصه، العقود التي تتعلق باملاك الدولة الخاصة، سواء تمت هذه العقود بالشكل الاداري، او على اساس دفتر شروط [3]. وبأنه للمحاكم العدلية صلاحية لرؤية الدعوى الرامية الى المطالبة باجرة حراسة احد املاك الدولة الخاصة [4]. وكذلك الامر في العقد الذي يوقعه المحامي مع احدى الادارات العامة للدفاع عن حقوقها [5].

---

[1] – مجلس شورى الدولة، ق ٧٢ ت٢٠٠١/١٠/٢٥، مجلة القضاء الاداري، عدد ١٧، ص ٤١

[2] – تمييز لبناني، ١٩٢٩/٢/١٢، غلاييني ، مجموعة قرارات، ج١، ص ٢٤٢

[3] – مجلس شورى الدولة، ١٩٤٥/١/١٦، عواد، مجموعة قرارات، ج٥، ص ٤٤٠، و ١٩٥٣/١/٣، المحامي ١٩٥٤، ٢٠٥.

[4] – شورى، ١٩٦٥/٥/١٩، المجموعة ١٩٦٥، ١٠٣

[5] – جان باز، الوسيط في القانون الاداري اللبناني ج١، ص ٣٠٢

واعتبرت محكمة التمييز، مدنيا، الاتفاق الواقع على احتكار الملح، لان الغاية المنشودة من هذا الاتفاق، لم يكن لها صلة بالمرفق العام، بل كانت مالية بحتة [1]. وكذلك الامر في العقد الذي لا يتسم بصفات العقد الاداري، حتى ولو اجري بطريق المناقصة [2]، وكذلك العقد الحاصل امام الكاتب العدل [3].

كما اعتبر مجلس شورى الدولة، في قرار حديث له، ان اقدام الادارة، خلال ادارتها لاملاكها الخاصة، على استعمال وسائل وطرق القانون العام، في استثمار هذه الاملاك، والتعاقد بشأنها، ليس من شأنه ان يضفي على هذا العقد الصفة الادارية، ولا ان يجعله اداريا، اذا لم يتبين ان له صلة بالمرفق العام الذي تتولاه، او انه خال من البنود الخارقة وغير المألوفة [4]. واعتبر القضاء العدلي ايضا ان العقود المتعلقة بادارة املاك الدولة الخاصة، هي من اختصاص المحاكم العادية، الا انه يشذ عن هذه القاعدة عندما يتضمن العقد بنودا خارقة للقانون العادي، كأن يتضمن دفتر الشروط مثلا، بندا هذا نصه : « اذا تأخر (المستأنفان) عن تسديد بدل الاستثمار، في بدء احدى السنين، او قصرا عن تسديده بكامله سلفا، فيمهلان شهرا بكتاب مضمون. فاذا انقضى الشهر على تاريخ الانذار عد المستثمر ناكلا، واعتبر العقد

---

[1] – تمييز لبناني، ١٩٣٩/١/١٣، المجموعة المختلطة، كلمة قانون اداري، رقم ٥

[2] – تمييز لبناني، ١٩٣٦/٢/٢٨، مجموعة مختلطة، كلمة قانون اداري، رقم ٥٥

[3] – تمييز لبناني، ١٩٣٧/٢/١، مجموعة مختلطة، كلمة قانون اداري، رقم ٣

[4] – مجلس شورى الدولة، ق ٧٢ ت ٢٠٠١/١٠/٢٥، مجلة القضاء الاداري، عدد ١٧، ص ٤١

ملغى، واذ ذاك تستولي الادارة فورا على كل الابنية والمنشآت التي تكون قائمة، او تكون في طور الانشاء، ولا يحق للمستثمر ان يطالب بتعويض عن الابنية ». فهذا البند يعطي الادارة حق ممارسة امتياز العمل المباشر، دون الالتجاء الى القضاء. وممارسة مثل هذا الحق يشكل بندا خارقا للقانون العادي، لان الشارع انما منح هذا الحق للادارة دون سواها [1].

يولي القضاء الاداري الفرنسي، هذا المعيار اهمية خاصة، ويعتبره وحده كافيا لوصف العقد بكونه عقدا اداريا، اذا توثقت الصلة بينه وبين المرفق العام، وقام المتعاقد بتنفيذ المرفق العام بعينه، كتوزيع الماء او الطاقة الكهربائية، اذا كان قد منح بهما امتيازا. وذلك ابتداء من قضية الزوجين برتان، اللذين اجرت معهما الادارة تعاقدا شفهيا تعهدا بمقتضاه بتقديم اعاشة الى الرعايا السوفيات، الذين اسكنتهم السلطة في مركز " مو" ريثما يتم تسفيرهم الى بلادهم، وذلك لقاء مبلغ مقطوع عن كل شخص. وعندما ثار النزاع بشأن حقوق المتعاقد مع الادارة، اعترف مجلس الدولة الفرنسي باختصاصه، واصفا العقد بانه عقد اداري، بالرغم من انه قد تم بشكل شفهي. ولم يتضمن شروطا استثنائية وكانت حجة مجلس الدولة الفرنسي هي ان المتعاقد وزوجته قاما بتنفيذ المرفق العام أي تقديم الاعاشة، بعينه [2]، وهذه الواقعة تكفي

---

[1] – استئناف مدنية، ١٩٥٨/٦/٢٠، ن.ق.، ١٩٥٩، ص ٣٤٤

[2] – مجلس الدولة الفرنسي ١٩٥٦/٤/٢٠، مجموعة ١٦٧ و ١٦٨، القرارات الكبرى، رقم ٩٥، ص ٤٢٨، ١٩٥٤/٦/٤، افوتيست وفنتان، مجموعة ٤٣٢، ١٩٥٩/٣/٢٠،

بحد ذاتها لتخلع على العقد الصفة الادارية، حتى ولو لم يتضمن أي بند خارج عن نطاق القانون العادي.

ويتبين من هذا التعليل ان مجلس الدولة الفرنسي اعتبر ان الزوجين لم يكلفا بتقديم المواد الغذائية اللازمة لتهيئة الطعام للرعايا السوفيات وحسب، بل انهما كانا يؤمنان بنفسيهما، ومباشرة، تقديم هذا الطعام، وان المرفق العام هنا، هو تغذية الرعايا السوفيات، وان الزوجين برتان لم يسهما في تنفيذه فحسب، بل انهما نفذاه بالذات.

وقد سار اجتهاد القضاء الاداري اللبناني، في مسألة تنفيذ المرفق العام بعينه على النحو الذي سار عليه اجتهاد القضاء الاداري الفرنسي، فقضى مجلس شورى الدولة اللبناني بانه اذ كان العقد يشرك الملتزم بتسيير المرفق العام السياحي والاعلامي لمصلحة الدولة، فيكون عقدا اداريا، ويعود امر النظر فيه الى مجلس شورى الدولة [١] . كما قضى بانه اذا تبين من مندرجات العقد الموقع بين احد المستشفيات والدولة، انه يشرك المستشفى في تنفيذ مرفق عام الاستشفاء، ويتضمن بنودا خارقة، فيعتبر بصفته تلك، من العقود الادارية التي يدخل في اختصاص مجلس شورى الدولة البت في النزاعات الناشئة عن تنفيذها [٢].

لونيه، مجموعة ١٩٨، ١٩٥٩/١١/٢٣، سانتلي، مجموعة ٨٧١، جان باز، م.س.، ص ٣٠٢

[١] – شورى، ١٩٩٦/٢/٥، مجلة القضاء الاداري، ١٩٩٧ ص ٤٢٢

[٢] – مجلس شورى الدولة، ق ٣٣٧ ت ٢٠٠٢/٢/٧، مجلة القضاء الاداري، عدد ١٧، ص ٤٣٣

وفي قضية Therond قضى مجلس الدولــة الفرنســي بالصفــة الادارية للعقد، لانه يرمي الى تحقيق منفعة عامة، وبالتالــــي مرفــق عــام [١] .

ولئن اعتبر القضاء الاداري الفرنسي، ان التزام المتعاقد بتنفيــذ المرفق العام بعينه، يعتبر، بذاته، عقدا اداريا، الا انه قد يصعب احيانــا التفريق بوضوح بين الاشخاص الذين يساهمون فـــي تنفيــذ المرفــق العــام، والاشخاص الذين ينفذونه بعينه. فالاشخاص الذين تســتخدمهم وزارة التربية الوطنية لتأمين التنظيفات، يعاونونها معاونة خارجية فــي تنفيذ المرفق العام، ولذلك تخضع العقود التي تربطــهم بــالادارة الــى القانون الخاص بينما المعلمون ينفذون بانفسهم هذا المرفق العام، فتعتبر العقود التي يبرمونها مع وزارة التربية عقودا ادارية.

وتطبيقا لهذا المبدأ، قضت محكمة حل الخلافات في فرنسا، بانه بما ان بلدية جونكيار قد تعاقدت مع السيدة مــازران لتنظيــف الابنيــة المدرسية، وقد قامت هــذه الســيدة بعملــها مــن اول تشــرين الاول سنة١٩٤٦ حتى سنة ١٩٥٤. وخلال هذه السنة عهدت اليــــها البلديــة بتأمين حراسة الاولاد.

---

[١] – وتتلخص هذه القضية بانه جرى ابرام عقد بين مدينة (Montpellier) مــن جهــة، والسيد Therond من جهة ثانية، وبموجبه كلف هذا الاخير بجمع الكلاب ولم الحيوانات الميتة من شوارع المدينة، مقابل مبلغ من المال عن كل حيوان يسلمه اليها.
C.E. 4 mars 1910, Therond, Rec. 193 concl. Pichat, GAYA (p 91).

وبما ان طبيعة عمل السيدة مازران حتى عام ١٩٥٤ لم تشركها في تنفيذ المرفق العام بعينه، ولم يتضمن العقد، أي بند خارج عن نطاق القانون العادي، فتعتبر، والحالة هذه، اجيرة، ويكون العقد الذي ابرمته مع البلدية المشار اليها، عقد عمل، يعود النظر فيه الى المحاكم العدلية. ولكن البلدية بانشائها محرسة للاولاد، في اثناء السنة المدرسية، وطول مدة الحصاد، تكون قد انشأت مرفقا بلديا عاما، وقد ساهمت السيدة مازران مباشرة في تسييره، فيكون العقد الذي يربطها بالبلدية من عقود القانون العام، أي عقدا اداريا، يعود للقضاء الاداري حق فصل النزاعات الناجمة عن تنفيذه او فسخه [١].

وتطبيقا لما استقر عليه القضاء الاداري الفرنسي، في هذه المسألة قرر مجلس الدولة الفرنسي، ان العقود التي يكون موضوعها سد حاجات المرفق العام، كتقديم بعض المواد له، او تأمين النقليات، لا تعتبر عقودا ادارية، الا اذا تضمنت بنودا تخرج عن نطاق القانون العادي [٢].

وقد تبنى الاجتهاد اللبناني الرأي الذي اعتمده مجلس الدولة الفرنسي، في قضية برتان. فقضت محكمة التمييز اللبنانية، بان العقد الذي تعقده البلدية مع ملتزم لجباية رسومها هو عقد التزام مرفق عام،

---

[١] – محكمة حل الخلافات الفرنسية، ١٩٦٣/١١/٢٥، مازران، مجموعة ٧٩٢،جان باز، م.س.، ص ٣٠٤

[٢] – شورى فرنسي، ١٩٥٦/٥/١١، كونران اخوان، مجموعة، ٢٠٢، ت ١٩٥٨/٢/٢٦، شركة مناجم فلامه كامبي، مجموعة ١٢٨.

لان جباية الضرائب هي من المرافق العامة، التي يعود فصل الخلافات الناشئة عنها الى مجلس شورى الدولة [١].

كما اعتبر مجلس شورى الدولة في لبنان، ان عقود التزامات الاشغال العامة، هي عقود ادارية [٢]. وكذلك الامر في الامتياز المعطى لتأمين تنفيذ مرفق عام [٣]. وعقد الاستخدام، لان المستخدم يشترك مباشرة في ادارة مرفق عام [٤]. وبأنه اذا تبين ان العقد موضوع النزاع قد اشرك المستدعية في تسيير المرفق العام السياحي والاعلامي لمصلحة الدولة، فيكون بذلك عقدا اداريا، ويعود أمر النظر به الى مجلس شورى الدولة [٥].

ج - المعيار الثالث : ان يتضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص

يكون العقد اداريا، اذا تضمن بنودا خارجة عن نطاق القانون العادي. ولا يعنى بذلك ان تكون هذه البنود غير مباحة، بل ان تعطي الفريقين حقوقا، او ترتب على عاتقهما موجبات تختلف، بطبيعتها، عن الحقوق والموجبات التي يمكن ان يسلم بها شخص بملء حريته وارادته، ضمن اطار القوانين المدنية والتجارية، ولذلك وصفها مجلس

---

١ -تمييز لبناني، ١٩٣٦/١٠/٢١، مجموعة قرارات ، ج٤، ص ٦٢

٢ - شورى لبناني، ١٩٤٣/٤/١٧، مجموعة مختلطة، كلمة قانون اداري، رقم ٦٥

٣ - شورى لبناني، ١٩٤٤/٥/٢٧، مجموعة مختلطة، كلمة قانون اداري، رقم ٧٦

٤ - شورى لبناني، ١٩٥٥/٧/١٣، ن.ق.، ١٩٥٥، ص ٦٢٧

٥ - مجلس شورى الدولة، ق ٣٢٩، ت ١٩٩٦/٢/٥، مجلة القضاء الاداري، عدد ١٠، ص ٤٢٢

شورى الدولة اللبناني بانها بنود غير مألوفة في الاتفاقات العادية، عندما قضى بانه يعد اداريا، العقد الذي يتضمن، في دفتر الشروط الخاص، بنودا خارقة، وضعتها الادارة لمشترى سيارات لمرفق من المرافق العامة، ولا سيما اذا كان دفتر الشروط الخاص يحيل، فيما لم ينص عليه، على دفتر الشروط العام [1].

وبتعبير آخر، ان البنود الاستثنائية غير المألوفة، هي عبارة عن بنود ترد في العقد المبرم بين الادارة والمتعاقد معها، ولا تكون مألوفة في التعامل الذي يجري في نطاق القانون الخاص، ولا سيما لجهة ارتضائها وقبولها، واذا لم تكن ممنوعة قانونا، فهي، على الأقل،نادرة في عقود الافراد، وغير مألوفة في تعاملهم. وبالاختصار فهي بنود غير جائزة في القانون الخاص، واما جائزة، ولكنها نادرة وغير مألوفة في نطاق العقود الخاصة.

ومن الامثلة على البنود غير المألوفة : ان تعطى الادارة لنفسها الحق منفردة، في تعديل شروط العقد، وفي أي وقت. او الحق في فرض جزاءات على المتعاقد معها في بعض الحالات. او الحق في الغاء العقد في أي وقت وبدون انذار، وحتى بدون تعويض. او الحق في زيادة كمية الاشغال الملزمة او انقاصها، وذلك بمشيئتها المنفردة. او الحق في اعطاء تعليمات واصدار اوامر الى المتعاقد معها.

وكذلك الامر في البند الذي يعطي الادارة حق مراقبة نتائج الاستثمار المالية، وفسخ العقد بمشيئتها المنفردة، بعد ارسالها انذارا الى

---

[1] - شورى لبناني، ١٩٦٢/١١/٩، مؤسسة كتانة، المجموعة، ١٩٦٣، ١٦٣.

المستأجر [1]، والبند الذي يجيز للادارة ان تحرم المتعاقد من كل عمولة، اذا كانت الحبوب المصدرة غير منطبقة على شروط العقد [2]. والبند المدرج في عقد تأجير ملعب بلدي لاستثماره، الذي يجيز لرئيس البلدية، في أي وقت كان، اقفال الملعب، حفاظا على المصلحة العامة، او السلامة العامة، او بسبب قوة غالبة، او اذا كانت الاعمال لا تدر ربحا. وفسخ العقد بمشيئة رئيس البلدية المنفردة، بعد انذار المستأجر [3]. والعقد الذي يتبين من بنوده انها تتضمن شروطا منها التزام المستأجر بتجهيز المقهى بادوات استثمار ممتازة، وبادوات فنية وصحية من الطراز الحديث، كما تتضمن التزامه بالتقيد بجميع التعديلات التي تطرأ على شروط الالتزام من قبل المراجع المختصة. وهذا ما يشكل ما يعرف بامتياز السلطة العامة. وهو ابرز ما يميز العقود الادارية، اذ بمقتضاها تستطيع الادارة ان تحمل المتعاقد معها، وبارادتها المنفردة، التزامات تجعل موقف المتعاقدين في العقود الادارية غير متكافئ، وهذا ما يدل على ان الادارة قد لجأت في ابرام العقد الى اسلوب القانون العام، اذ من المعروف ان اعطاء مثل الصلاحيات الآنفة الذكر الى احد المتعاقدين واخضاع الملتزم لمثل الموجبات السالفة

---

[1] - شورى فرنسي، ١٩٦٥/٢/٢٦، شركة فلود روم بارك، مجموعة ١٣٣

[2] - شورى فرنسي، ١٩٦٠/١٠/١٤، الشركة التجارية والزراعية المساهمة، مجموعة ٨٦٨

[3] - شورى فرنسي، ١٩٦٢/٧/٢، كازوته ورفاقه، مجموعة، ٨٢٣

البيان، لا يحصل في نطاق التعاقد وفق اسلوب القانون الخاص حيث تسيطر فكرة تساوي المتعاقدين [١].

اعتبر القضاء اللبناني عقدا اداريا العقد الذي بموجبه اعطت مصلحة التعمير شخصا، مواد بناء لقاء فرضها عليه بنودا تخرج عن نطاق القانون العادي [٢].

وقضى مجلس شورى الدولة، بانه اذا تعددت البنود في عقد ما، ولم يرق أي منها منفردا الى مرتبة البند الخارق، بالدرجة والوضوح المطلوبين، فان تضافر هذه البنود، في وجهة ترجح وضعية الادارة المتعاقدة، من حيث الضمانات والحقوق المقررة لها في العقد، من شأنه ان يضفي على العقد الصفة الادارية. وان موضوع النزاع يتضمن عدة بنود، وان ضعيفة على انفرادها (كالحق بالفسخ، والحق بالتعديل في كمية العمل، والكفالة، والتغريم، والمصادرة) فان تضافرها في ايلاء الادارة موقعا مميزا في العقد ، يحمل على تكييف العقد بالاداري [٣].

كما قضى بأنه يتبين من الرجوع الى العقد، انه تضمن بنودا خارقة، لا تحتويها عادة العقود الجارية بين الافراد، مثال ذلك : حق الدولة باستعمال الملاعب بدون أي بدل، وعدم تعويضها عن الانشاءات التي تقام على الملعب، وتحديد الاجارة ببدل رمزي على سبيل التشجيع والمساعدة، وبالتالي فان العقد، بما تضمنه من بنود خارقة، كما هو

---

١ – هيئة التشريع والاستشارات، ١٩٦٩/٢/٧، ن.ق.، ١٩٧١، ص ٧٠٣

٢ – القاضي المنفرد في بيروت، ١٩٥٨/٤/٩، جنجر، المجموعة، ١٩٥٨، ١٤

٣ – شورى، ١٩٩٥/١١/٩، مجلة القضاء الاداري، ١٩٩٧، ص ٨٢

مبين اعلاه، تكون له صفة العقد الاداري [1]. وقضى مجلس شورى الدولة ايضا بانه يتبين من نصوص العقد الذي اجرته مصلحة سكك حديد الدولة والنقل المشترك لبيروت وضواحيها، انه يحتوي على بنود شاذة، ويحيل بكل ما لم يرد بشأنه نص خاص الى دفتر الشروط العام المعمول به في وزارة الاشغال العامة والنقل الذي يحتوي بدوره على بنود شاذة، فيكون العقد اداريا، ويعود امر النظر به الى القضاء الاداري [2]. كما اعتبر مجلس شورى الدولة انه اذا كان العقد المبرم بين الادارة والمتعهد ينص على خضوع المتعهد لاوامر الادارة او المؤسسة العامة، وكذلك على خضوعه للشروط العامة المفروضة على متعهدي الاشغال العامة فان هذا العقد المبرم بين الطرفين هو عقد اداري، تعود صلاحية النظر في المنازعات الناشئة عنه لمجلس شورى الدولة [3].

وبالمعنى نفسه، قضت المحاكم المدنية، بان حصر حق تعيين المؤسسة التي سوف تجري فحص المبيع عند وصوله، ولو من ضمن جدول معروف، بالمدعى عليها وحدها، دون اشتراك المدعية به، يبدو كأنه مظهر من مظاهر احتفاظ الادارة لنفسها بامتيازات تجافي مبدأ المساواة بين طرفي العقد الخاص، فهكذا شرط غير مألوف في العقود

---

[1] - شورى، ١٩٧٤/٣/٤، العدل، ١٩٧٤، ص ٣٦٨

[2] - مجلس شورى الدولة، ق ١٢٢ ت ١٩٩٤/١١/٣٠، مجلة القضاء الاداري، عدد ٩، ص ١١٦

[3] - مجلس شورى الدولة، ق ٣٢٣ ت ١٩٩٨/٢/٢٤، مجلة القضاء الاداري، عدد ٣، ص ٣٥٠.

العادية، فان تضمن احدها مثله، فيكون استثناء لا قاعدة يمكن القيـــاس عليها. وبشأن مصادرة قيمة الكفالة، ان تخويل الادارة سلطة استيفاء ما قد يستحق منها مباشرة، بحسب تقديرها وحدها، مهما كان موقف الفريق الآخر، ودون حاجة الى توفير أي اجراء آخر يجيزه أو يثبته ويؤكـــده، يبدو كذلك غير مألوف في القانون الخاص، وخرقا له، ومظهرا آخـــر من امتيازات الادارة. فتكون العقود المنازع بشأنها، في ضوء ما تقـدم، عقودا ادارية، والنزاع بالتالي، خارجا عـــن اختصـــاص القضــــاء المدني [1].

وقضى اجتهاد المحاكم المدنية ايضا، بانه على فرض ان ايــداع البضاعة في المخازن الجمركية يشكل عقدا، فهذا العقد يعتبر اداريــــا، وليس من العقود الخاصة، لانه يرتدي طابع المصلحة العامة، فضلا عن ان حرية التعاقد فيه مفقودة، مما يخرجه عن نطاق القضاء العدلــي [2]. وبانه تعتبر عقودا ادارية، أولا تلك التي بسبب طبيعتها لا يمكن للافراد ان يجروها فيما بينهم، كعقود الامتيازات المتعلقة باســتثمار او تنظيـم وادارة بعض المنافع العامة، وثانيا تلك التي تفرض على المتعاقد مـــع الادارة العامة، شروطا وموجبــــات خارجــة عـــن نطــاق الشــروط والموجبــات التي يمكن ان يفرضها، في عقد عادي، شـــخص علـــى شخص عادي آخر، ومنها حق الادارة في تنفيذ العطل والضرر رأســـا دون اللجوء الى المحاكم، وحق فرض عقوبات وغرامات، او حق تعيين

---

[1] – منفرد مدني، ١٩٦٨/٩/٨، العدل، ١٩٦٨، ص ٤٦٥

[2] – تمييز لبناني، ١٩٦٧/١١/٢٨، العدل، ١٩٦٨، ص ٣٥١

التعريفة التي يجب على الشركة صاحبة الامتياز ان تستوفيها [1].وبأن احتفاظ الادارة في العقد بصلاحيات غير جائزة، او على الاقل غير مألوفة في العقود العادية بين الافراد، وغريبة عن مبدأ المساواة الواجب مراعاتها بين المتعاقدين في العقود المدنية، ينم عن رغبة الادارة في البقاء ضمن اطار القانون الاداري، واستعمال اساليب الحق العام، ويكون العقد بالتالي اداريا، ويعود امر النظر في ما يترتب عليه من نتائج قانونية الى القضاء الاداري [2].

وقضى اجتهاد مجلس شورى الدولة بانه اذا كان العقد ينص على تطبيق احكام قانون المحاسبة العمومية، ودفتر الشروط الادارية العامة لتعهدات لوازم الجيش، والاحكام التي تطبق على الصفقات العمومية، بكل ما تمنحه للادارة من امتيازات غير مألوفة في العقود العادية، فان هذا العقد يوصف بانه عقد اداري [3]. وبأنه اذا تبين من التدقيق في بنود العقد، أنه يتضمن البنود الخارقة الآتية : حق الادارة في ان تفرض على المتعهد غرامة نقدية تساوي ضعفي قيمة الاصناف المفروضة، وحق الادارة في ان تفرض على المتعهد غرامة نقدية عن كل يوم تأخير قدرها اثنان بالالف من قيمة ما يتأخر عن تسليمه، وذلك دون حاجة الى انذار، وحق الادارة في الانفراد في تقدير الظروف القاهرة او الاستثنائية الخارجة عن ارادة المتعهد، وحقها بالتالي في قبول تمديد المهلة او رفضها. فيكون العقد المنازع بشأنه

[1] – تمييز لبناني، ١٩٥٣/٢/٢٧، المحامي ١٩٥٣، ص ٢٠٩

[2] – المحكمة الابتدائية، ١٩٦٨/٣/٨، ن.ق.، ١٩٧٠، ص ٩٩٩

[3] – شورى، ١٩٩٦/٢/٢٦، مجلة القضاء الاداري، ١٩٩٧ ص ٧٤٤

متصفا بالعقد الاداري، ويكون بالتالي مجلس شورى الدولة صالحا للنظر في امر المنازعات الناشئة عنه [1].

وتعتبر بنودا خارقة ايضا، موجبة لاعتبار العقد اداريا، البنود غير المألوفة، ليس لمصلحة الادارة فحسب، بل ايضا لمصلحة المتعاقد. كأن تعطي الادارة، هذا الاخير، الحق في تحصيل رسوم من المنتفعين، او الحق في التمتع باحتكار، او الحق في الاستفادة من نزع الملكية للمنفعة العامة، وان كانت معظم الشروط غير المألوفة هي تلك التي تمنح الادارة، وليس المتعاقد، مركزا استثنائيا اقوى من مركزه.

ان الحكمة من اشتراط القضاء الاداري، وجود بنود غير مألوفة او خارقة في العقد لكي يكتسب صفة العقد الاداري، هي ان الادارة قد تلجأ الى عقود خاصة، فضلا عن العقود الادارية، كأن تلجأ الى عقد ايجار مدني عادي او بيع عادي، حتى في نطاق المرافق العام، ولا مبرر، عندئذ، لاخضاع مثل هذه العقود الى شروط العقد الاداري. ولذلك فاشتراط وجود بنود غير مألوفة في العقد الاداري، يعبر عن نية الادارة في استعمال وسائل القانون العام، بما تتضمنه من امتيازات السلطة العامة.

ولا يشترط ان يتضمن العقد عدة بنود غير مألوفة لوصف العقد بكونه اداريا، بل يكفي ان يتضمن بندا واحدا فقط. وتقدير ما اذا كان البند مألوفا، أو غير مألوف يعود لتقدير القضاء.

---

[1] - شورى، ١٩٩٦/٦/١٢، مجلة القضاء الاداري، ١٩٩٧ ص ٦٨٩

وغالبا ما ترد البنود غير المألوفة في العقد نفسه، ولكنه من الممكن، ان ترد خارج العقد في القانون او اللوائح، اذا كان العقد يحيل الى ذلك القانون او تلك اللائحة. كما لو كان العقد يحيل الى احكام قانون المناقصات او المزايدات او لائحته التنفيذية.

اعتبر اجتهاد مجلس شورى الدولة، بان العقد موضوع النزاع ينص على تطبيق احكام قانون المحاسبة العمومية، ودفتر الشروط الادارية العامة لتعهدات لوازم الجيش، والاحكام التي تطبق على الصفقات العمومية بكل ما تمنحه للادارة من امتيازات غير مألوفة في العقود العادية، مما لا يدع مجالا للشك في وصف هذا العقد بانه عقد اداري يخضع لصلاحية مجلس شورى الدولة [1].

ان ادراج بنود غير مألوفة في العقود الادارية، يدل على ان المتعاقدين قد اخضعا هذه العقود الى نظام السلطة العامة، فلا يسعهما، بعد ادراجها، الاتفاق على ان يظل العقد من عقود القانون الخاص، لان هذه البنود ذات مفعول موضوعي [2] ولا يكفي، ليكون العقد اداريا، أن يعطي الفريقان، القضاء الاداري، صلاحية للنظر في الخلافات التي تنشأ عنه، لان مثل هذا الاتفاق، لا يغير جوهر العقد، ولا يكون له بالتالي، سوى قيمة قرينة بسيطة [3].

---

[1] – مجلس شورى الدولة، ق ٨٥٧ ت ١٩٩٦/٦/٢٦، مجلة القضاء الاداري، عدد ١٠، ص ٧٤٤

[2] – Vedel, remarques sur la notion de clause exorbitante, melanges Mestre, n^{os} 29 et s.

[3] – شورى لبناني، ١٩٤٧/٢/٢٩، ن.ق.، ١٩٤٧، ص ٣١٨

واعتبر مجلس شورى الدولة، ان العقد الجاري بين طرفي النزاع ليس عقد ايجار عادي، انما هو اتفاق لتسيير مرفق عام تشرف عليه البلدية، وموضوعه ايجار مسلخ عام تحصر فيه عمليات ذبح المواشي باشراف البلدية.

ان ادراج بدل ايجار المسلخ كبند من بنود الاتفاق، لا يجعل من الايجار عقدا منفصلا وعاديا، طالما انه مرتبط بباقي البنود، وبموجبات غير عادية، يضعها الاتفاق على عاتق المستدعي كشريك للشخص العام (أي البلدية) في تنفيذ المرفق العام المنوي انشاؤه، الامر الذي يضفي على الاتفاق صفة العقد الاداري، ويخضعه لصلاحية مجلس شورى الدولة [1].

اذا تعددت البنود في عقد ما، ولم يرق أي منها منفردا الى مرتبة البند الخارق بالدرجة والوضوح المطلوبين، فانّ تضافر هذه البنود في وجهة ترجح وضعية الادارة المتعاقدة من حيث الضمانات والحقوق المقررة لها في العقد، من شأنه ان يضفي على العقد الصفة الادارية [2]

اعتبر القضاء اللبناني، ان العقود الآتية، لا تعتبر عقودا ادارية بل مدنية :

---

[1] – مجلس شورى الدولة، ق ٤١٩ ت ٢٠٠٢/٣/٢١، مجلة القضاء الاداري، عدد ٤٧ ص ٦١٨

[2] – مجلس شورى الدولة، غ ٥، ق ٥٢ ت ١٩٩٥/١١/٩ مجلة القضاء الاداري، عدد ١٠ ص. ٨٢

- البيع الحاصل ضمن الشروط التي يقرها القانون الخاص [١].

- تلزيم بيع الملح لحساب الحكومة، لقاء عمولة للملتزم [٢] .

- العقد الذي يكون موضوعه استثمار براءة، والجاري بين الدولة وصاحب البراءة [٣] .

- تأجير شاحنة لتأمين حاجات الجمهور [٤] .

- الوكالة المعطاة للمحامي [٥] .

- توزيع البذار على المزارعين لقاء تعهدهم باستعمالها في عقاراتهم [٦].

- الاشتراك بالتيار الكهربائي [٧]، أما الاشتراك بالهاتف فيستفاد من نص المادة الاولى من المرسوم ٨٢٩٢ تاريخ ١٩٦٤/١٢/٢٧، ان هذا الاشتراك هو عقد اداري تجريه الادارة تنفيذا لمصلحة عامة [٨] .

---

١ - تمييز لبناني، ١٩٣٤/١٢/١٧، مجموعة مختلطة، قانون اداري، رقم ١

٢ - شورى لبناني، ١٩٢٦/٣/١١، خوري، مجموعة قرارات، ج ٤، ص ٢٠

٣ - تمييز لبناني، ١٩٥٣/٢/٢٧، المحامي١٩٥٣، ٢٠٩

٤ - شورى لبناني، ١٩٤٦/١/٢٢، ن.ق.، ١٩٤٦، ص ٣٣٩

٥ - شورى لبناني، ١٩٥٧/٢/٢٧، ن.ق. ١٩٥٧، ص ٧٥٠

٦ - شورى لبناني، ١٩٥٣/٦/١٨، ن.ق.، ١٩٥٣، ص ٧٧٨

٧ - القاضي المنفرد في البترون، ١٩٥٦/١/٢٧، ن.ق. ١٩٥٦، ص ٣٣٥

٨ - شورى لبناني، ١٩٦٤/٦/٢٠، عبد الساتر، المجموعة ١٩٦٤، ص ١٨٥

- ارتباط الدولة مع شخص بعقد ثنائي منظم على نسختين، يتضمن واجبات وحقوق الفريقين المتعاقدين، بعدما اخذت موافقة مسبقة من المتعاقد معها على العقد [1] .

وقد قضي بان مطالبة الدولة بمرتبات مدة من الزمن، ارتبط بها المدعي بموجب عقد مع وزارة الشؤون الاجتماعية، للقيام بدروس تتعلق بشؤون العمال، هي من اختصاص المحاكم العدلية، فالعقد المشار اليه هو من العقود المدنية، وليس له طابع العقد الاداري لانه لا يتضمن شروطا غير عادية تتجاوز الحق العادي [2]. وبانه اذا كان العقد الحاصل بين الدولة وبين المميز عليه هو عقد شفهي، ولم يتبين انه ينطوي على الشرطين الآتيين، وهما : ان يكون متعلقا بمصلحة عامة، وان يتضمن شروطا تتجاوز الحق العادي، فهو، والحالة هذه، عقد من عقود الحق الخاص، وخاضع للسلطة القضائية [3].

في اطار التفريق بين العقد الاداري والعقد العادي، ينشئ القضاء الفرنسي قرينة على ان العقود التي تجريها الادارة في نطاق المرافق العامة الادارية، تعتبر عقودا عادية . الا أن هذه القرينة هي قرينة بسيطة تقبل اثبات العكس. وعلى الفريق الذي يريد هدمها، ان يثبت ان للعقد صفة ادارية [4] .

---

[1] - استئناف مدنية، ١٩٥٥/١/٢٥، ن.ق.، ١٩٥٥، ص ٢٦٢

[2] - تمييز مدنية، ١٩٥٥/٢/٢٨، ن.ق.، ١٩٥٥، ص ٢١١

[3] - تمييز مدنية، ١٩٥٩/٢/٣، ن.ق.، ١٩٥٩، ص ٣٤٣

[4] - محكمة حل الخلافات الفرنسية، ١٩٥٤/٥/٢٦، قبطان الباخرة طردمبنيورغ، مجموعة، ٧٠٨

ويرى البعض ان هذه القرينة تبدو، للوهلة الاولى غريبة، ولكن البعض الآخر يرى انها منطقية، لانه يفترض بالادارة، عندما تلجأ الى التعاقد، انها ارادت الخضوع لاحكام القانون الخاص، والا لكانت استعملت الامتياز الممنوح لها باصدار قرار نافذ.

واذا كانت القرينة المشار اليها، تطبق على العقود التي تبرمها المرافق العامة الادارية، فبحجة اولى، تطبق على العقود التي تجريها المرافق العامة التجارية والصناعية، والتي يطلق عليها حاليا في لبنان، تسمية " المؤسسات العامة ". وكان الاجتهاد يعتبر اداريا، العقد الذي تبرمه المؤسسات العامة،اذا تضمن بندا خارجا عن نطاق القانون العادي [١] الا انه رغبة منه في تأمين « كتلة صلاحية قضائية "، رجع عن هذا الاجتهاد، واعتبر ان العقود التي تبرمها المؤسسات العامة، مع الذين يستعملون المرافق العامة التي تؤمنها عقودا ادارية، حتى ولو تضمنت بنودا خارجة عن نطاق القانون العادي. وقد اعلن ذلك مجلس الدولة الفرنسي [٢]، ومحكمة حل الخلافات [٣]، في الدعوى التي اقيمت على بلدية ميكالون من قبل السيدة برتران، بصفتها مستعملة البراد البلدي، وقد جاء في قرار هذه المحكمة : بما ان الخلاف يتعلق بسير مرفق عام صناعي وتجاري. وبما ان العلاقات التي تنشأ بين هذا المرفق والذين يستعملونه، انما هي علاقات قانون خاص، حتى ولو

---

[١] – شورى فرنسي ١٩٢١/١٢/٢٣، شركة التسلح العامة، مجموعة، ١١٠٩، ١٩٥٠/١٠/٢٠، ٦٠، مجموعة ٥٠٥

[٢] – شورى فرنسي، ١٩٦١/١٠/١٣، كامبانيون، رأي، مجموعة، ٥٦٧

[٣] – محكمة حل الخلافات، ١٩٦٢/١٢/١٧، برتران، مجموعة، ٨٣١

تضمن العقد بندا يخرج عن نطاق القانون العـــادي، فتكــون المحـــاكم العدلية وحدها صالحة للنظر في الدعوى [1].

وعليه فان جميع العقود التي تجريها المؤسســـات العامـــة مـــع المنتفعين بالمرفق العام، تعتبر عقودا عادية، ما لم يكن ثمة نص قانوني يخالف هذه القاعدة [2] .

في ختام بحثنا للبند الخارق تقتضي الاشارة الى الفرق بين هـــذا البند والبند التعسفي. حيث يكون البند تعسفيا اذا كان الهدف منه تحقيــق منفعة ذاتية غير مألوفة، ويكون بندا خارقا، عندما تكون الغايـــة منـــه خدمة المصلحة العامة . ولذلك قضي بان البند لا يمكن وصفـــه بـــالبند التعسفي، وان كان يمكن اعتباره بندا خارقا وغير مألوف، لانه لا يتبين من خلاله ان احد الاطراف (الدولة) اراد فرض ارادته بصورة تعسفية على الفريق الآخر، تحقيقا لمنفعة ذاتية غير مألوفة وغـــير مشـــروعة، منتقصا من حقوق هذه الاخيرة بصورة تسلطية. كمـــا انـــه لا يمكـــن

---

[1] - تتلخص وقائع هذه الدعوى بان السيدة برتران، اقامت دعوى على بلدية جزر ســـان بيار وميكالون، ادلت فيها بانها كانت قد سلمت براد البلدية كميـــة مـــن اللحـــوم معـــدة لحيوانات الفيزون التي كانت تعتني بتربيتها للاســـتفادة مـــن جلودهـــا، الا ان الموظـــف المسؤول نقل هذه اللحوم الى غرفة غير مبردة ففسدت، وتسممت الحيوانات بسبب ذلـــك، ومات منها ٨٠٩ من اصل ٨١٤ حيوانا. فاعتبرت محكمة حل الخلافات، ان الصلاحيـــة عدلية، رغم ما تضمنه العقد من بنود خارقة للقانون العادي.

[2] - جان باز، م.س.، ص ٣٠٩

استدلال أي وجه من وجوه الاكراه، سواء في توقيع العقد او في تنفيذه. ولذلك يكون البند صحيحا وواجب التطبيق [1].

بعد استعراض معايير التميز للتفريق بين العقد الاداري والعقد المدني يصح التساؤل عما اذا كانت المعايير المشار اليها، يقتضي توافرها جميعا في العقد ليكتسب صفة العقد الاداري، او ان توافر احدها او بعضها، فقط يكفي لهذه الصفة ؟

يعتبر الفقه والقضاء الفرنسيين ان توافر احد الشروط يكفي لتحقق صفة العقد الاداري. فالعقد الذي يتضمن بندا خارقا مثلا، يعتبر عقدا اداريا حتى ولو لم يكن له صلة بالمرفق العام. واذا كان موضوع العقد تنفيذ المرفق العام بعينه، فيكون هذا العقد اداريا، حتى ولو لم يتضمن أي بند خارق خارج عن نطاق القانون العادي.

اما الفقه والقضاء المصريان فيعتبران انه يقتضي توافر الشروط الثلاثة المشار اليها مجتمعة، لكي يعتبر العقد اداريا، ويترتب عليه ما يترتب على العقد الاداري من آثار، ولا سيما خضوع منازعاته الى القضاء الاداري وليس العادي، وبالفعل فقد قضت محكمة القضاء الاداري في مصر بأنه ليس كل عقد تبرمه جهة الادارة عقدا اداريا حتما، فكثيرا ما تلجأ هذه الجهة، وهي في سبيل استغلال اموالها الخاصة، الى ابرام عقود بينها وبين جهة ادارية اخرى، او بينها وبين بعض الاشخاص، من جهة اخرى، في ظل قواعد القانون الخاص،

---

[1] - مجلس شورى الدولة، ق ٣٣٧ ت ٢٠٠٢/٢/٧، مجلة القضاء الاداري، عدد ١٧، ص ٤٣٣

فيختص بها قاضي القانون الخاص، ولا تعنى بأمرها مبادئ القانون الاداري. وليس بكاف ابدا مجرد ان يكون احد طرفي التصرف شخصا اداريا عاما، للقول بان هذا التصرف، أي العقد، هو عقد اداري، يخضع لاحكام القانون العام وتختص حتما بالفصل في منازعاته هذه المحكمة. فالشخص الاداري العام قد يبرم عقدا مدنيا، كما قد يبرم عقدا اداريا سواء بسواء وانما تتميز العقود الادارية عن العقود المدنية بطابع معين، مناطه احتياجات المرفق العام، الذي يستهدف العقد الاداري تسييره، وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الافراد الخاصة. فبينما تكون مصالح الطرفين في العقود المدنية متوازنة ومتساوية، فهي في العقود الادارية غير متكافئة، ويجب ان يعلو الصالح العام على المصلحة الفردية الخاصة. غير ان مجرد صلة العقد بالمرفق العام، وان كانت شرطا لازما، فانها ليست مع ذلك كافية. فلم يعد المرفق العام وحده هو المعيار القاطع في التمييز الدقيق بين العقود الادارية بمعناها القانوني الصحيح، التي تبرمها جهة الادارة، وبين تلك العقود المدنية التي تبرمها ايضا، جهة الادارة ذاتها، تحقيقا لمصلحة معينة، كالرغبة في الاسراع للحصول على سلعة او خدمة، او كالخشية من ان تكون الشروط الشديدة التي تنطوي عليها وسائل القانون العام منفرة للافراد من ان يتعاقدوا معها، فتلوذ جهة الادارة باسلوب القانون الخاص. فالعبرة اذن، هي بما قد تأخذ به جهة الادارة، في عقدها، من اسلوب القانون العام، ليأخذ الطابع المميز للعقد الاداري، وما ينطوي عليه من شروط استثنائية مألوفة بالقياس الى شروط العقود الخاصة بين الافراد [١] .

---

[١] - محكمة القضاء الاداري المصري، ١٩٥٦/١٢/٩، محمد رفعت عبد الوهاب،

اما في لبنان، فيرى البعض ان شرط تنفيذ او تسيير المرفق العام لا يكفي، ولو كان مجتمعا مع الشرط الاول. وهذا الرأي مؤيد بقرار صادر عن مجلس شورى الدولة، يقضي بانه لا بد من ان تتوافر شروط ثلاثة، ليكتسب العقد صفته الادارية، وهي : ان تكون الادارة طرفا فيه، وان يكون موضوعه تسيير مرفق عام، وان يتضمن شروطا استثنائية وغير مألوفة في القانون المدني. فاذا لم يتوافر في العقد الشروط الثلاثة السالفة الذكر، اعتبر العقد مدنيا، وبالتالي من اختصاص المحاكم العدلية [1]. كما قضى مجلس شورى الدولة بانه من المتفق عليه علما واجتهادا، انه يشترط في العقد الاداري، ان تكون الادارة طرفا فيه، وان يكون للعقد صلة بالمرفق العام، سواء من حيث تنظيمه او تسييره او استغلاله والمعاونة او المساهمة فيه، او ان تظهر فيه نية الادارة في الأخذ باحكام القانون العام، وذلك بتضمين العقد بنودا واحكاما استثنائية وغير مألوفة في حقل القانون الخاص [2]. وقضى مجلس شورى الدولة ايضا بأن توفر العناصر الثلاثة في العقد، كون الادارة طرفا فيه، وكونها قصدت من ابرامه تنظيم مرفق عام وتسييره، وكون الوسائل المعطاة للادارة غير مألوفة في القانون الخاص، يؤدي

م.س.، ص ٤٩٩

[1] – قرار رقم ٤٩٥ ت ١٩٩٧/٤/٢٢، ليلى حبيب كامل/الدولة – وزارة التربية الوطنية، مجلة القضاء الاداري، عدد ١٢، ص ٤٤٢

[2] – مجلس شورى الدولة، ق ٧٢ ت ٢٠٠١/١٠/٢٥، مجلة القضاء الاداري، عدد ١٧ ص ٤١

الى اعتباره عقدا اداريا، ويكون القضاء الاداري هو المرجع الصالح والمختص للنظر بالمنازعات الناشئة حول تفسير بنوده وتنفيذه [١].

ويرى البعض الآخر انه بعد العام ١٩٥٦، اصبح للعقد الاداري معياران متناوبانْ يتعايشان على قدم المساواة وهما : معيار المرفق العام، ومعيار الادارة العامة او الشرط الخارق [٢].

غير ان الرأي الغالب في القضاء الاداري اللبناني يعتبر، على غرار الاجتهاد والفقه الفرنسيين، انه ليس من الضروري توافر المعايير الثلاثة المذكورة معا لكي يعتبر العقد اداريا، بل يكفي لذلك توافر احدها فقط. وعلى هذا الاساس، قضى اجتهاد مجلس شورى الدولة بانْ الاجتهاد الفرنسي استقر، وتبعه الاجتهاد اللبناني، على ان المساهمة في تنفيذ المرفق العام ذاته، هي معيار كاف، بحد ذاته، لاعتبار العقد اداريا، ويدخل بالتالي في اختصاص القضاء الاداري [٣] .

ثانيا - العقود الادارية قانونا

فضلا عن العقود التي تتوافر فيها شروط معيار العقد الاداري، وفقا لما استقر عليه اجتهاد المحاكم الادارية، والتي اتينا على ذكرها

---

[١] - مجلس شورى الدولة، ق ٩٩ ت ١٩٩٩/١٢/١، مجلة القضاء الاداري، عدد ١٥، ص ١٩١

[٢] - فوزت فرحات، القانون الاداري العام، ١٩٩٧، ص ٤٥٩

[٣] - شورى، ق ٦٣٨ ت ٢٠٠١/٧/١٧، الدولة/شركة ليبانسل ش.م.ل.، مجلة القضاء الاداري، ٢٠٠٤، عدد ١٦، المجلد الثاني، ص ٩٩٨، وق ٦٣٩ ت ٢٠٠١/٧/١٧، الدولة/شركة ف.ت.م.ل. (FTML) ، مجلة القضاء الاداري، ٢٠٠٤، عدد ١٦، المجلد الثاني، ص ١٠٠٩

سابقا، قرر المشرع الفرنسي، بمقتضى نصوص قانونية خاصة، اعطاء صفة العقد الاداري الى بعض العقود، ومنها : عقد التزام المرافق العامة، وعقد الاشغال العامة، وعقد التوريد، وعقد المساهمة في مشروع ذي نفع عام.

أ - عقد التزام المرافق العامة او عقد امتياز المرافق العامة.

هو عقد اداري، تعهد الادارة بمقتضاه، الى فرد او شركة خاصة، ادارة مرفق عام اقتصادي، واستثماره لمدة من الزمن، تحت اشراف الادارة ورقابتها. فيقوم الملتزم بادارة المرفق العام، على مسؤوليته ونفقته، وبواسطة عماله، مقابل بدلات مادية وعينية ، من اهمها : الرسوم التي يتقاضاها الملتزم مباشرة من المنتفعين بالمرفق العام.

ومن اهم ميزات هذا العقد ما يأتي :

١ - استثمار مرفق عام

ان موضوع التزام المرافق العامة، هو ادارة واستثمار مرفق من هذه المرافق من قبل شخص طبيعي او شخص معنوي خاص، خلافا للقاعدة العامة، التي تقضي بان تقوم الادارة او الاشخاص المعنويون العامون بادارة المرفق العام.

ويقتضي، في هذه الحالة، ان يكون المرفق ذي طبيعة اقتصادية تجارية او صناعية،بحيث تكون خدماته لقاء بدل، وليس مرفقا اداريا، تكون خدماته مجانية.

ومن الامثلة على المرافق العامة والاقتصادية : مرافق الكهرباء، والماء والنقل بانواعه المختلفة.

٢ - رقابة الادارة مانحة الالتزام

بما ان التزام المرفق العامة، هو اساسا عمل من اعمال الادارة، ولكنه يوكل بصورة استثنائية الى القطاع الخاص، فلا بد من رقابة قوية عليه، واشراف فعال من الادارة مانحة الالتزام، والتي قد تكون الدولة او سلطة من السلطات المحلية اللامركزية.

ويستتبع سلطة الرقابة والاشراف ، تنظيم التزامات المرافق العامة، بما فيها تعيين سلطات الادارة مانحة الالتزام، وحقها في تحديد الاسعار او الرسوم التي يتقاضاها الملتزم من المنتفعين، واعادة النظر في هذه الرسوم والاسعار، وتعديل سائر قواعد تنظيم واستثمار المرفق موضوع الالتزام. اما الهدف من الرقابة والاشراف فهو حماية المستهلكين، وحماية المصلحة العامة.

٣ - المدة المحددة للالتزام

يقتضي ان تكون مدة ادارة واستثمار المرفق العام محددة بفترة زمنية معينة، تعود بعدها ادارة المرفق العام الى الدولة. وشرط تحديد المدة هو ركن اساسي من اركان العقد. وغالبا ما تكون المدة طويلة، وقد يحدد القانون مهلتها القصوى.

٤ - تحمل الملتزم نفقات المشروع

يقوم الملتزم، في عقود الامتياز، على نفقته الخاصـــة، بجميـع الاعمال الضرورية اللازمة لانشاء المرفق العام، ويكون مسؤولا عـــن الاضرار التي تصيب المرفق العام في اثناء تسييره وادارته، ولا تتحمل الدولة اية نفقة، ومع ذلك تعود ملكية المرفق وحق استثماره اليها، فـــي نهاية مدة الالتزام. ويمكنها ان تسترد الامتياز قبل نهاية المدة، مقـــابل تعويض تدفعه الى الملتزم.

٥ - استثمار الملتزم للمرفق العام في اثناء مدة العقد

بما ان الملتزم يتحمل تكاليف كبيرة لانشاء المرفق العام ومـــن حقه استعادة هذه التكاليف مع الارباح المعقولة، فهو يخول مـــن قبـل الادارة، بالحصول على بدل مالي، يتمثل في السعر او الرســـم الــذي يدفعه المنتفعون من المرفـــق العـــام، وذلـــك تحـــت اشـــراف الادارة ومراقبتها.

٦ - سلطة الادارة في اختيار الملتزم

لا تلتزم الادارة المانحة، عند اختيارها الملتزم، باتباع الاســـاليب المعتادة في العقود الادارية الاخرى، كاسلوب المناقصة أو المزايدة، بل تتمتع بسلطة تقديرية كاملة في اختيار الملتزم، وذلـــك نظـــرا لاهميـــة الالتزام الذي يستهدف النفع العام، ومن حق الادارة اختيار الملتزم الذي تراه قادرا ماليا وفنيا واداريا واقتصاديا على حسن ادارة المرفق العـــام

واستثماره ولا يحد من حق الادارة هذا الا القيد المبني على انحراف الادارة في استعمال السلطة.

٧ - مسؤولية الادارة

بما ان الادارة تتمتع بسلطة الرقابة والاشراف على اعمال الملتزم، فانها تتحمل مسؤولية التقصير والاهمال في ممارسة سلطتها تجاه المنتفعين من خدمات المرفق العام، وهذا ما استقر عليه القضاء الاداري.

ب - عقد الاشغال العامة

هو عقد يجري بين الادارة من جهة، والمقاول، من جهة اخرى، وبمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل يتناول اعمال البناء او الترميم او الصيانة في المباني او المنشآت القائمة على عقار، او شق الطرق وسواها، وذلك لحساب شخص معنوي عام، مقابل بدل معين في العقد.

وقد عرّف القضاء الاداري عقد الاشغال العامة بأنه عقد مقاولة بين شخص من اشخاص القانون العام، وفرد او شركة، وبمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من اعمال البناء او الترميم او الصيانة في عقار لحساب هذا الشخص المعنوي العام، وتحقيقا لمصلحة عامة، مقابل ثمن يحدد في العقد.

ويتضح من هذا التعريف، ان عقد الاشغال العامة يجب ان يرد على عقار، ومن ثم لا تعتبر اشغالا عامة، الاعمال التي ترد على منقول، حتى ولو كان مملوكا من الدولة، ومخصصا للمنفعة العامة.

وتشمل عقود الاشغال العامة، كل ما يتعلق بالعقارات، سواء لجهة انشائها او صيانتها او هدمها، او تنظيفها، كتنظيف الشوارع وكنسها ورشها.

ويقتضي ان تتم الاشغال العامة لحساب شخص معنوي عام. فاذا تمت لحساب افراد او شخص معنوي خاص، لا ينطبق عليها وصف الاشغال العامة. ولكنه لا يشترط ان يكون العقار موضوع العقد مملوكا من شخص معنوي عام، فقد يكون مملوكا من الافراد او من شخص معنوي خاص، وتبقى للعقد صفة الاشغال العامة، اذا كان العمل يتم لمصلحة شخص معنوي عام.

كما يقتضي ان تكون الغاية من الاشغال هي تحقيق نفع عام، أي يجري تنفيذها في نطاق المرافق العامة. اما اذا كانت تستهدف نفعا خاصا، فلا تكون لها صفة الاشغال العامة [1] .

ج - عقد التوريد

هو عقد يتم بين الادارة ومورد خاص، فردا كان او شركة. وبمقتضاه يتعهد هذا الاخير بتوريد اشياء منقولة، تكون ضرورية ولازمة لخدمة مرفق عام وذلك لقاء بدل محدد في العقد.

ويتميز هذا العقد بالخصائص الآتية :

يقتضي ان يرد على منقول وليس على عقار، على ان تكون الاشياء الموردة المنقولة لازمة لخدمة مرفق عام. كالادوات المكتبية

---

[1] - محكمة القضاء الاداري المصري، ١٩٥٦/١٢/٢٣

والملابس، والاغذية، والادوات الطبية والكهربائية والسيارات والسفن والطائرات، وسواها من المنقولات التي تدخل في دائرة التعامل.

ويقتضي ان يتم العقد برضى المورد. ومن ثم فهو يختلف عن الاستيلاء المؤقت على المنقول، الذي يتم بالاستيلاء الجبري، مقابل تعويض، تطبيقا لقرار اداري.

د - عقد المساهمة في مشروع ذي نفع عام

هو عقد بمقتضاه يلتزم شخص خاص او عام، بالمساهمة بمبلغ من المال، او بشيء عيني، في نفقات مشروع من مشاريع الاشغال العامة او المرافق العامة، مقابل قيام جهة ادارية بتنفيذ هذا المشروع. كما لو تقدم فرد الى جهة ادارية، عارضا مساهمته في مشروع معين ذي نفع عام، لان هذا المشروع يمثل فائدة معينة لهذا الفرد، كانشاء طريق يوصله الى ملكه. او كما لو وهب فرد قطعة ارض يملكها للمساهمة في انشاء مبنى محكمة جديدة او مدرسة جديدة، او انشاء مسجد.

وقد يكون المتعهد بالمساهمة شخصا عاما، كوحدة محلية لا مركزية، تعرض مساهمتها في مشروع شق قناة جديدة، او مد خط حديدي، او اقامة محطة على خط حديدي قائم. وذلك لما قد ينتج عن انشاء المشروع من خدمات لمصلحة البلدة او المحلة .

يخضع عقد المساهمة في مشروع ذي نفع عام، الى الاحكام القانونية الآتية :

١ - يجب ان تكون المساهمة اختيارية، أي بدون ضغط او اكراه، حتى ولو طلبت الادارة من الافراد او الهيئات المساهمة في انشاء المشروع، فذلك، لا يعني ان يجبر المساهم على التبرع للمشروع المزمع انشاؤه.

٢ - لا بد من ان يكون للمساهم مصلحة او منفعة شخصية في انشاء المشروع، حتى ولو كانت هذه المصلحة ادبية.

٣ - يحق لعارض المساهمة، سحب عرضه، قبل ان تقبله الادارة. وعندئذ يتحلل من موجباته التي لم تنشأ بعد. ولكنه اذا تحقق قبول الادارة، فلا يحق للعارض العدول، بعدئذ، عن عرضه، تحت طائلة تحمله مسؤولية هذا العدول.

٤ - يحق للادارة بعد قبولها العرض، ان تعدل عن قبولها، اذا قدرت ان ذلك العرض لا يتفق مع المصلحة العامة. كما لو ظهر لها فيما بعد، ان المشروع باهظ التكاليف، او ان فائدته، ليست مؤكدة، او ان تنفيذه بطريقة اخرى افضل للمصلحة العامة.

ونظرا لطبيعة العقد الادارية، لا تعد الادارة انها ارتكبت خطأ، برجوعها عن المشروع، ولذلك فهي لا تتحمل أي مسؤولية. وهذا ما ذهب اليه الاجتهاد، معتبرا ان الادارة لا تلتزم تجاه العارض بتنفيذ المشروع، في ذاته، اذا قدرت عدم ملائمة تنفيذه، ولا يكون ذلك منها خطأ تعاقديا، يستتبع مسؤوليتها والزامها باي تعويض. وكل ما يحق للمتعهد هو ان يسترد هبته او مساهمته، وما انفقه او تكبده في سبيل تنفيذ عرضه، قبل ان تعلمه الادارة بانهاء عقده. كما لو كان بالارض

نخيل واستلزم الامر ازالته لتتمكن الادارة من تنفيذ مشروع على ارض فضاء [1].

٥ – بما ان عقد المساهمة في مشروع ذي نفع عام هو عقد اداري، فان القضاء المختص للفصل في المنازعات بشأنه هو القضاء الاداري [2] .

ثالثا – العقود الادارية بمقتضى القانون اللبناني

بمقتضى القانون اللبناني، تعد ادارية : صفقات الاشغال العامة، والعقود المتعلقة بالاشغال العامة، وباشغال الاملاك العامة.

ولم يترك المشرع اللبناني الى الادارة حق اختيار الشخص الذي تتعاقد معه، رغبة منه في خلق جو من المزاحمة الشاملة، وتأمين المساواة بين المتزاحمين. الا انه اجاز لها اختيار المتعاقد في بعض الحالات التي تؤخذ فيها صفات المتعاقد الشخصية بعين الاعتبار. ولذلك وضع نص المادة ١٢١ من قانون المحاسبة العمومية التي تنص على ما يأتي : « تعقد صفقات اللوازم والاشغال والخدمات بالمناقصة العمومية. غير انه يمكن في الحالات المبينة، فيما يأتي، عقد الصفقات بطريقة المناقصة المحصورة، او استدراج العروض، او التراضي، او بموجب بيان او فاتورة ».

---

[1] – محكمة القضاء الاداري المصري، ١٩٥١/١٢/٢٦

[2] – المحكمة الادارية العليا المصرية، ١٩٧٨/١/٧، محمد رفعت عبد الوهاب ، م.س.، ص ٥٠٨

ويتضح من هذه المادة، ان ثمة خمس طرق تلجأ اليـــها الادارة لاختيار المتعاقد معها، فضلا عن طريقة خاصة تنفذها الادارة بنفسهـــا، وهي :

أ - طريقة المناقصة

الغاية من هذه الطريقة هي خلق منافسة بين اكبر عدد ممكـــن، من المتعاقدين المحتملين مع الادارة، الذين يمتازون بخبرتهم وقدرتـــهم المالية والفنية، بغية تأمين افضل الشروط بارخص الاسعار الممكنة.

وتلتزم الادارة من اجل اتاحة الفرص امــام المشــتركين فـــي المناقصة، القيام ببعض الاجراءات، من اجل تحقيق مبـــادئ اساســية مشتركة تحقق المصلحة العامة، ومنها : ضرورة تحقق العلانية، عـــن طريق النشر في الصحــف عــن الصفقــات التـــي تنــوي ابرامـــها. وضـــــرورة اتاحة الفرص ، والمساواة بين المتعـــاملين مـــع الادارة، ممن يودون الاشتراك في المناقصة. وذلك بانْ تكون شروط المناقصـــة وقواعدها موحدة وواجبة المراعاة بالنسبة الى جميع المشتركين بـــدون استثناء. وضرورة ان تكون عروض المشتركين سرية، تقدم في ظروف مغلقة، يمتنع معها على المشتركين معرفة تفاصيل عرض أي مشـــترك آخر، وذلك حماية للمصلحة العامة، وضمانـــا للمســاواة، فـــلا تفتـــح الظروف المغلقة الا امام لجنة مختصة تعين لفض العروض، وبحضور جميع المشتركين أو ممثليهم، وتسند الالتزام مؤقتا الى من قـــدم ادنـــى الاسعار، ويصبح الالتزام نهائيا، بعد المصادقة عليه من المدير المختص او المدير العام او الوزير،بحسب قيمة الالتزام.

واذا تساوت العروض اعيدت المناقصة بين اصحابها دون سواهم، في الجلسة نفسها، فاذا رفضوا تقديم عروض جديدة، او اذا ظلت عروضهم متساوية، اعطيت الافضلية الى من يقدم سلعا مصنوعة في لبنان، او تدخل فيها اكبر نسبة ممكنة من مواد اولية، او يد عاملة لبنانية. واذا تساوت العروض من هذه الجهة ايضا، عين الملتزم المؤقت بطريقة القرعة من بين اصحاب العروض المتساوية.

ومع كل ذلك، فاذا تبين ان الاسعار التي قدمها الملتزم بخسة وغير معقولة، فلا يجوز اسناد الالتزام اليه.

تكون المناقصة على نوعين : عمومية او محصورة.

فالمناقصة العمومية تستلزم تطبيق نوعين من دفاتر الشروط، وهما : **دفاتر الشروط العامة**،وهي دفاتر شروط نموذجية عامة لعموم المناقصات العامة، وتصدر بمرسوم ينشر في الجريدة الرسمية. **ودفاتر شروط خاصة**، توضع لكل صفقة على حدة، وتنظم علاقة الادارة بالمتعاقد، ويوقع دفتر الشروط المرجع المختص للبت في الصفقة. وقد اوجب المشرع في المادة ١٢٦ من قانون المحاسبة العمومية، ان يتضمن دفتر الشروط الخاص معلومات معينة، منها : نوع اللوازم او الاشغال او الخدمات، والمؤهلات والشروط الواجب توافرها في المشتركين في المناقصة، وعناصر المفاضلة في حالة عدم تقيد الادارة بالسعر الادنى، وفقا لما تراه ملائما لمصلحة المرفق العلم، وشروط تنفيذ الصفقة، ومهلة التسليم، ومقدار الكفالة.

اما المناقصة المحصورة، فتلجأ اليها الادارة عندما تريد حصر المناقصة بفئة محدودة من المشتركين، اذا كانت طبيعة الصفقة، من اللوازم او الاشغال او الخدمات، تستلزم ذلك. كما لو كانت الصفقة المراد ابرامها، تستلزم مشتركين مؤهلين، بصورة خاصة، من النواحي الفنية والمالية والتخصصية، للاشتراك فيها، بحيث لا يستطيع مطلق مشترك ان يؤمن ما يستوجبه تنفيذ الصفقة.

وبالفعل فقد نص المشرع في المادة ١٤٤ من قانون المحاسبة العمومية على ما يأتي : « تطبق على المناقصة المحصورة سائر الاحكام المتعلقة بالمناقصة العمومية ».

ان الفارق الاساسي بين المناقصة العمومية والمناقصة المحصورة، ليس في المبادئ التي تحكم المناقصة، بوجه عام، بل في طريقة اجرائها، التي يقتصر الاعلان عنها على عدد محدد من المناقصين، سواء كانوا من الافراد او الشركات، الذين تعينهم الادارة للمشاركة في المناقصة، استنادا الى توافر القدرات الفنية والمالية المطلوبة .

يحدد قانون المحاسبة العمومية احكام المناقصات العمومية، في المواد ١٢٤ الى ١٤٣ منه على الشكل الآتي :

المادة ١٢٤ : تجري المناقصة العمومية (المعبر عنها فيما يلي بكلمة " المناقصة") اما على اساس سعر يقدمه العارض، واما على اساس تنزيل مئوي من اسعار الكشف التخميني المبين في المادة ١٢٦ من هذا القانون.

المادة ١٢٥ : توضع للصفقات التي تعقد بالمناقصة دفاتر شروط عامة نموذجية تصدق بمراسيم وتنشر في الجريدة الرسمية. ويوضع لكل صفقة منها دفتر شروط خاص تنظمه الادارة صاحبة العلاقة ويوقعه المرجع الصالح للبت في الصفقة.

المادة ١٢٦ : (كما تعدلت بقانون الموازنة لسنة ١٩٨٢ - ج . ر . عدد ١٢) : تبين في دفتر الشروط الخاص المعلومات التالية :

- انواع اللوازم او الاشغال او الخدمات المراد تلزيمها واوصافها.
- المؤهلات والشروط الخاصة التي يجب ان تتوفر في من يريد الاشتراك في المناقصة.
- عناصر المفاضلة، كلما كان في نية الادارة ان لا تتقيد بالسعر الادنى، على ان تبين هذه العناصر بصورة واضحة ومفصلة، وان يوضع لكل منها معدل خاص عند الاقتضاء.
- الاساس الذي يعتمد لاجراء المناقصة وفقا لاحكام المادة ١٢٤.
- شروط التنفيذ الخاصة.
- مهلة التسليم
- مقدار الكفالة التي يجب تقديمها للاشتراك في المناقصة ولضمان حسن قيام الملتزم بتعهداته .
- ويضم الى دفتر الشروط الخاصة، كلما كان ذلك ممكنا :
- كشف تخميني بالكميات والاسعار.

- جداول اسعار يتضمن وصفا لكل نوع من انواع اللوازم او الاشغال او الخدمات المراد تلزيمها، ويحدد لكل نوع سعرا مفقطا.

« يعتبر السعر الموضوع من قبل الادارة الحد الاعلى للصفقة التي تجرى على اساس التنزيل المئوي وتعلن الادارة عن الحد الاقصى للتنزيل الذي يمكن ان يقبل به ويعتبر هذا التنزيل الحد الادنى للصفقة ».

المادة ١٢٧ : تكون الكفالة :

١ - اما نقدية تدفع قيمتها الى احد صناديق الخزينة مباشرة، او الى صندوق الادارة المختصة عند وجوده، وذلك لقاء ايصال يربط بالعرض، على ان تحول قيمتها في الحالة الثانية الى صندوق المالية المركزي فور اسناد الالتزام.

٢ - واما مصرفية صادرة عن مصرف مقبول ومحررة باسم الادارة المختصة او باسم خزينة الدولة.

المادة ١٢٨ : يعلن عن كل مناقصة في الجريدة الرسمية وفي ثلاث صحف يومية على الاقل، قبل التاريخ المحدد للتلزيم بمدة ١٥ يوما على الأقل.

ويمكن تخفيض المدة الى خمسة ايام على الأقل عند اعادة المناقصة، او عند الضرورة، شرط ان يقترن التخفيض مسبقا بموافقة المرجع الصالح لعقد النفقة.

كما يعلن وفقا للاصول نفسها عن كل تعديل يطرأ على دفتر الشروط بعد نشر اعلان المناقصة.

المادة ١٢٩ : (الغيت بالمادة ٢٩ من قانون الموازنة لسنة ١٩٧٨ - ج.ر. عدد ١٩).

المادة ١٣٠ : تجري المناقصات لجان تشكل خصيصا لهذه الغاية.

المادة ١٣١ : (كما تعدلت بقانون الموازنة لسنة ١٩٨٢ - ج.ر. عدد ١٢) : (المعدلة بقانون موازنة سنة ١٩٧٨ - ج.ر. عدد ١٩) :

يسند الالتزام مؤقتا الى من قدم ادنى الاسعار او الى من قدم افضل العروض اذا كان دفتر الشروط يقضي باعتماد عناصر مفاضلة غير السعر، على ان تعطى العروض المقدمة لسلع مصنوعة في لبنان افضلية بنسبة ١٠ بالمائة عن العروض المقدمة لسلع اجنبية شرط ان تحدد السلع الوطنية والشروط التي يجب ان تتوفر فيها للاستفادة من هذه الافضلية بمراسيم تتخذ في مجلس الوزراء بناء على اقتراح وزير الاقتصاد الوطني.

« اما في الالتزامات التي تجري على اساس تنزيل مئوي فعلى لجنة المناقصة اسناد الالتزام مؤقتا الى من قدم ادنى الاسعار ضمن السعرين التقديريين ».

المادة ١٣٢ : (كما تعدلت بقانون الموازنة لسنة ١٩٨٢ - ج.ر. عدد ١٢).

اذا تساوت العروض بعد اعطاء السلع اللبنانية افضلية ١٠ بالمائة المذكورة في المادة ١٣١ اعلاه، اعيدت المناقصة بطريقة الظرف المختوم بين اصحابها دون سواهم في الجلسة نفسها، فاذا رفضوا تقديم عروض جديدة او اذا ظلت عروضهم متساوية عين الملتزم المؤقت بطريقة القرعة من بين اصحاب العروض المتساوية.

« اما في الالتزامات التي تجري على اساس تنزيل مئوي فاذا تساوت العروض يعين الملتزم المؤقت بطريقة القرعة بين العروض المتساوية ».

ان المواد - ١٣٣ - ١٣٧ - ١٤٦ - ١٤٨ - ١٥٣ قد تعدلت بموجب المادة ٢٤من قانون ٢٨٦ - ٩٤/٢/١٢ - موازنة ١٩٩٤).

المادة ١٣٣ : (كما تعدلت بقانون الموازنة لسنة ١٩٧٨ وبالقانون رقم ٨٧/٤٩ تاريخ ٨٧/١١/٢١) :

١ - يبت الصفقة :

- المدير المختص او رئيس المصلحة في حال عدم وجود مدير اذا كانت قيمتها لا تجاوز ١٠٠٠٠٠٠٠ ليرة لبنانية.
- المدير العام اذا كانت قيمتها تزيد على ١٠٠٠٠٠٠٠ ليرة لبنانية ولا تتجاوز ٣٥٠٠٠٠٠٠ ليرة لبنانية .
- الوزير في الحالات الاخرى .

٢ - لا تصبح الصفقة نهائية الا بعد ابلاغ التصديق الى الملتزم بالطريقة الادارية.

المادة ١٣٤ : لا يجوز مبدئيا عقد صفقات الاشغال الا بعد اتمام جميع الاجراءات القانونية التي تمكن الادارة من وضع يدها على موقع العمل، غير انه يمكن مباشرة معاملات التلزيم قبل اتمام هذه الاجراءات، شرط ان لا تصدق الصفقة وتبلغ الى الملتزم الا بعد وضع اليد على المواقع المذكورة.

المادة ١٣٥ : اذا ترتب على الملتزم في سياق التنفيذ مبلغ ما، تطبيقا لاحكام دفتر الشروط، حق للادارة اقتطاع هذا المبلغ من الكفالة ودعوة الملتزم الى اكمالها ضمن مدة معينة، فاذا لم يفعل اعتبر ناكلا، وعمدت الادارة اما الى اعادة المناقصة، واما الى تنفيذ الصفقة بالامانة. فاذا اسفرت المناقصة الجديدة او التنفيذ بالامانة عن وفر في الاكلاف عاد الوفر الى الخزينة، واذا اسفرت عن زيادة في الاكلاف رجعت الادارة على الملتزم الناكل بالزيادة.

وفي جميع الاحوال تصادر الكفالة مؤقتا الى حين تصفية الصفقة وفقا لاحكام هذه المادة .

المادة ١٣٦ : يفسخ العقد حكما بين الادارة والملتزم الذي يعلن افلاسه، وتتبع فورا الاجراءات التالية :

١ - تصادر الكفالة مؤقتا لحساب الخزينة

٢ - تحصي الادارة الاشغال او اللوازم والخدمات المنفذة او المواد المدخرة قبل تاريخ اعلان الافلاس وتنظم بها كشفا تصرف قيمته مؤقتا امانة باسم الخزينة .

٣ - توضع الاشغال او اللوازم او الخدمات او ما تبقى منها بالامانة او يعاد تلزيمها. فاذا اسفرت المناقصة الجديدة او التنفيذ بالامانة عن وفر في الاكلاف عاد الوفر الى الخزينة ودفعت الكفالة وقيمة الكشف المبين في الفقرة السابقة الى وكيل التفليسة. واذا اسفرت عن زيادة في الاكلاف اقتطعت الزيادة من الكفالة وقيمة الكشف المذكور ودفع الباقي الى وكيل التفليسة. واذا لم يكف ذلك لتغطية الزيادة بكاملها اكتفى بالاستيلاء على الكفالة وقيمة الكشف.

المادة ١٣٧ : المعدلة بقانون ٦٦/٩/٣ :

لا تدفع قيمة الصفقة الا بعد تنفيذها .

الا انه يجوز لوزير المالية،بناء على طلب الوزير المختص، ان يعطي الملتزمين سلفات لقاء كفالات مصرفية. واذا تعذر الحصول على هذه الكفالات، علق اعطاء السلفة بدون كفالة على تصديق مجلس الوزراء.

الغيت هذه الفقرة بالقانون رقم ٨٧/٤٩ تاريخ ٨٧/١١/٢١ واستعيض عنها بالنص التالي :

« لا يجوز ان تتعدى السلفة ٢٥ بالمائة من قيمة الصفقة على الا تتجاوز في أي حال مبلغ ٣٠٠٠٠٠٠ ليرة، الا انه يجوز في الحالات الاستثنائية الشذوذ عن الاحكام السابقة بقرار من مجلس الوزراء ».

المادة ١٣٨ : يمكن، اذا نص دفتر الشروط على ذلك، ان تدفع لقاء الخدمات المنجزة مبالغ على الحساب لا تتجاوز تسعة اعشار المبلغ المستحق، ويبقى العشر موقوفا في الخزينة الى ان يتم الاستلام النهائي.

ترد هذه التوقيفات عند الاستلام النهائي اذا كان دفتر الشروط لا يحدد مدة لضمان اللوزام او الاشغال، وذلك بعد ان يسدد الملتزم الذمم التي تكون قد ترتبت عليه تطبيقا لاحكام دفتر الشروط.

ويمكن الادارة ان تكف عن اقتطاع التوقيفات العشرية عندما ترى انها بلغت الحد اللازم للضمان.

المادة ١٣٩ : تستلم اللوازم والاشغال والخدمات في كل وزارة لجنة تعين بقرار من المدير العام، على ان تضم ثلاثة موظفين ينتمي احدهم الى الوحدة التي جرى التلزيم لمصلحتها، ويكون الآخران من خارجها.

المادة ١٤٠ : اذا خالف الملتزم في تنفيذ الصفقة دفتر الشروط او بعض احكامه قامت الادارة المختصة بانذاره رسميا بوجوب التقيد بكامل موجباته، وذلك ضمن مهلة معينة يعود لها أمر تقديرها. واذا انقضت المهلة المحددة دون ان يقوم الملتزم بتنفيذ ما طلب اليه، حق للادارة، مع مراعاة احكام دفتر الشروط العام ان تعتبره ناكلا وان تطبق بحقه احكام المادة ١٣٥ من هذا القانون.

وفي حال اعادة المناقصة، لا يحق للملتزم الناكل ان يشترك فيها مجددا.

اما اذا رأت لجنة الاستلام ان الصفقة قد نفذت بصورة عامة وفقا لاحكام دفتر الشروط مع وجود بعض النواقص او العيوب الطفيفة التي لا تحول دون اجراء الاستلام، فيمكنها ان تقوم بالاستلام وفقا لشروط تحدد بمرسوم يتخذ في مجلس الوزراء .

المادة ١٤١ : ترد الكفالة الى الملتزم بناء على مذكرة من الادارة المختصة بعد شهر على الاكثر من تاريخ الاستلام النهائي. غير انه يمكن للادارة قبل انقضاء مهلة التنفيذ، او بعد الاستلام المؤقت اذا كانت حالة الاشغال تسمح بذلك، ان ترد الى الملتزم، بناء على طلبه، كامل هذه الكفالة او قسما منها.

المادة ١٤٢ : ان الملتزم الذي توضع اشغاله بالامانة او يعاد تلزيمها لحسابه تطبيقا لاحكام هذا القانون او لاحكام دفتر الشروط العام يقصى عن المناقصات :

- مدة ثلاثة اشهر عند تطبيق هذه الاجراءات عليه للمرة الاولى .
- مدة سنة كاملة عند تطبيقها عليه مرة ثانية خلال اثني عشر شهرا.
- نهائيا عند تطبيقها عليه مرة ثالثة خلال خمس سنوات.

تبدأ المهل المذكورة اعلاه من تاريخ القرار الاول القاضي بوضع الاشغال بالامانة او اعادة تلزيمها لحساب الملتزم.

ثانيا : المناقصة المحصورة

المادة ١٤٣ : يمكن الادارة، اذا كانت طبيعة اللوازم او الاشغال او الخدمات لا تسمح بفتح باب المنافسة امام الجميع، ان تحصر المناقصة

بين فئة محدودة من المناقصين تتوفر فيهم المؤهلات المالية والفنية والمهنية المطلوبة.

تحدد هذه المؤهلات بصورة مفصلة في دفتر الشروط الخاص، كما تحدد فيه سائر الضمانات التي يجب ان تتوفر في المناقصين والمواصفات التي يجب ان تتميز بها الاشغال او المواد المطلوبة.

المادة ١٤٤ : تطبق على المناقصة المحصورة سائر الاحكام المتعلقة بالمناقصة العمومية.

ب - طريقة استدراج العروض

يحدد قانون المحاسبة العمومية شروط الاشتراك في استدراج العروض في المادتين ١٤٥ و ١٤٦ من قانون المحاسبة العمومية.

فتنص المادة ١٤٥ من هذا القانون على ما يأتي : « يمكن عقد الصفقات بطريقة استدراج العروض :

أ - اذا كانت قيمتها لا تتجاوز مائة مليون ليرة لبنانية

ب - اذا كانت قيمتها تتجاوز مائة مليون ليرة لبنانية. وكانت تتعلق :

١ - بالاشغال التي تقوم بها الادارة على سبيل التجربة او الدرس، شرط ان يقرر ذلك الوزير المختص.

٢ - بالاشياء والمواد والغلال التي يجب شراؤها في مكان انتاجها نظرا لطبائعها الخاصة.

٣ - بالشحن والنقليات والضمان

٤ ـ باللوازم والاشغال والخدمات التي لم يقدم بشأنها أي سعر في المناقصة، او قدمت بشأنها اسعار غير مقبولة.

٥ ـ باللوازم والاشغال والخدمات التي لا تسمح بعض الحالات المستعجلة الناشئة عن ظروف طارئة بطرحها في المناقصة، على ان يقرر ذلك الوزير المختص.

٦ ـ باللوازم والاشغال والخدمات الفنية التي لا تسمح طبيعتها بطرحها في المناقصة العمومية، على ان يقرر ذلك الوزير المختص ».

وتنص المادة ١٤٦ من القانون نفسه على انه « تطبق على استدراج العروض النصوص المتعلقة بالمناقصات العمومية مع مراعاة الاحكام الآتية :

١ ـ يمكن ان يستعاض عن الاعلان بتبليغ المعلومات اللازمة بطريقة سريعة ومضمونة الى تجار الصنف او ارباب المهنة الذين ترى الادارة فيهم مقدرة على تنفيذ الصفقة.

٢ ـ تجري استدراج العروض للصفقة التي لا تجاوز قيمتها /١٠٠٠٠٠٠٠/ ل.ل. لجنة خاصة تعين في كل ادارة عامة، بقرار من الوزير، وتجري الصفقات الاخرى لجنة المناقصات ».

تتميز طريقة استدراج العروض بتبليغ مضمون الصفقة وشروطها من اللوازم او الاشغال او الخدمات، الى عدد من الافراد والشركات المتخصصين. ولا يشترط فيها سرية الاسعار، اذ يمكن لكل مشترك، ان يعلم سعر المشتركين الآخرين. اما الغاية التي

تستهدفها الادارة من هذه الطريقة فهي : ان تحصل على افضل الاسعار باعتبار ان المشتركين جميعا، هم اخصائيون في نوع الصفقة المراد تنفيذها.

كما تتميز بمرونتها في حالة الاستعجال نتيجة ظروف طارئة وبطبيعتها التخصصية.

ج – طريقة الاتفاق بالتراضي

تنص المادة ١٤٧ من قانون المحاسبة العمومية على ما يأتي :« يمكن عقد الاتفاقات بالتراضي، مهما كانت قيمة الصفقة، اذا كانت تتعلق :

١. باللوازم والاشغال والخدمات التي لا يمكن وضعها في المناقصة، اما لضرورة بقائها سرية، واما لان مقتضيات السلامة العامة تحول دون ذلك، شرط ان يقرر ذلك الوزير المختص.

٢. باللوازم والاشغال والخدمات الاضافية التي يجب ان يعهد بها الى الملتزم الاساسي لئلا يتأخر تنفيذها او لا يسير سيرا حسنا فيما اذا جيء بملتزم جديد اثناء تنفيذ الصفقة، ويجوز ذلك :

- اذا كانت اللوازم والاشغال والخدمات غير متوقعة عند اجراء التلزيم الأول، ومعتبرة من لواحقه، وتشكل جزءا متمما له.

- اذا كانت اللوازم والاشغال والخدمات يجب ان تنفذ بواسطة الآت وتجهيزات خاصة، يستعملها الملتزم في مكان العمل، على ان تكون غير متوقعة عند اجراء التلزيم، وان تشكل حزءا متمما له .

٣. بالاشياء التي ينحصر حق صنعها في حامل شهادات اختراعها.

٤. بالاشياء التي لا يملكها الا شخص واحد.

٥. باللوازم والاشغال والخدمات الفنية التي لا يمكن ان يعهد بتنفيذها الا لفنانين او اختصاصيين او حرفيين او صناعيين دل الاختيار على اقتدارهم .

٦. باللوازم والاشغال التي يصنعها ذوو العاهات المحتاجون المرخص لهم بالعمل من قبل وزارة العمل والشؤون الاجتماعية، على ان لا تجاوز اسعارها الاسعار الرائجة في السوق.

٧. بنفقات الضيافة والتشريفات وما شاكلها من نفقات التمثيل

٨. باللوازم والاشغال والخدمات التي اجريت من اجلها.

- مناقصتان متتاليتان

- او استدراج عروض على مرتين متتاليتين

- او مناقصة تلاها استدراج عروض .

وذلك دون ان تسفر هذه العمليات عن نتيجة ايجابية.

ويجب في هذه الحالة، ان لا يسفر الاتفاق الرضائي عن سعر يتجاوز انسب الاسعار المعروضة اثناء عمليات التلزيم، الا في حالات استثنائية تبررها الادارة في تقرير معلل.

٩ – باللوازم والاشغال والخدمات التي يمكن ان يعهد بها الى المؤسسات العامة او البلديات .

١٠ - باللوازم والاشغال والخدمات التي تؤمنها الادارة بواسطة المنظمات الدولية .

١١ - باللوازم والاشغال والخدمات التي يمكن ان يعهد بها، بموافقة مجلس الوزراء، الى حكومات اجنبية او مؤسسات تراقبها هذه الحكومات. وللحكومة في مثل هذه الحالة، ان تعفي الجهة التي تتعاقد معها، من الشروط المتعلقة بمحل الاقامة والكفالة والغرامات وتوجب التسليم قبل القبض.

١٢ - باللوازم والاشغال والخدمات التي يقرر مجلس الوزراء تأمينها بالتراضي بناء على اقتراح الوزير المختص ».

وتنص المادة ١٤٨ من القانون نفسه على ما يأتي :« يعقد الاتفاق الرضائي :

- المدير اورئيس المصلحة في حال عدم وجود مدير، اذا كانت قيمة الصفقة لا تتجاوز /١٠٠٠٠٠٠٠/ ليرة لبنانية .
- المدير العام اذا كانت قيمة الصفقة تزيد على /١٠٠٠٠٠٠٠/ ولا تتجاوز /٣٥٠٠٠٠٠٠/ ليرة لبنانية .
- الوزير في الحالات الاخرى .

ويجري التعاقد باحدى الطرق الآتية :

١ - بموجب عقد بين صاحب العلاقة والمرجع المختص

٢ - بموجب تعهد يذيل به صاحب العلاقة دفتر الشروط الخاص

٣ - بموجب عرض من صاحب العلاقة يوافق عليه المرجع المختص.

٤ - بموجب تبادل مخابرات بين صاحب العلاقة والمرجع المختص وفقا للعرف التجاري ».

وعملا باحكام المادة ١٤٩ من القانون ذاته : « تخضع الاتفاقات بالتراضي لاحكام دفتر الشروط العام ويوضع لها دفتر شروط خاص عند الاقتضاء ».

وعلاوة على احكام المادتين السابقتين، تطبق على الاتفاقات بالتراضي احكام المواد ١٣٧ الى ١٤١ من هذا القانون [١] .

في هذه الطريقة، تبدو الادارة كأنها حرة في التعاقد، كما هو الامر في التعاقد وفقا للقانون الخاص. اذ ان الاتفاق بالتراضي، عقد يتم بدون اجراءات شكلية بين الادارة والمتعاقد معها، بل يتم مباشرة باتفاق الطرفين. ولهذا يمكن القول : ان الاتفاق بالتراضي يمثل خروجا عن الطرق الاجرائية في العقود الادارية، بوجه عام. ومع ذلك تظل الادارة مقيدة، في هذا الاتفاق، بضوابط تشريعية، لا يحق لها تجاوزها، وهي تستهدف حماية المصلحة العامة. ومن اهم هذه الضوابط : تحديد السلطة المختصة لابرام الاتفاق، وفقا لما تحدده المواد ١٤٧ _ ١٥٠ من قانون المحاسبة العمومية، المذكورة سابقا.

---

[١] - تتعلق هذه المواد بالمناقصات العمومية لجهة اعطاء السلفات، والدفعات على الحساب والتوقيفات العشرية، واستلام اللوازم والاشغال والخدمات، ومخالفة الملتزم في التنفيذ، واعادة المناقصة، والكفالة، والاشغال بالامانة.

د – طريقة صفقات الخدمات التقنية

تنص المادة ١٥٠ من قانون المحاسبة العمومية على ما يأتي : « يمكن التعاقد بالتراضي على صفقات الخدمات التقنية (دروس ووضع دفاتر شروط ومراقبة تنفيذ اشغال ومشاريع الخ....) مهما بلغت قيمتها اذا كانت تتجاوز امكانيات الادارة.

وتطبق على هذه الصفقات الاحكام الآتية :

١. لا يجوز التعاقد الا مع من تتوفر فيهم المؤهلات التقنية اللازمة، على ان تبين هذه المؤهلات بالتفصيل في دراسة تضعها الادارة قبل عقد الصفقة.

٢. يمكن عقد الاتفاق، عند الاقتضاء، بعد مباراة تجري بين من تتوفر فيهم المؤهلات المذكورة.

٣. تخضع هذه الصفقات للاحكام الاخرى المتعلقة بالاتفاقات بالتراضي ».

هـ - طريقة البيان والفاتورة

تحدد المادة ١٥١ من قانون المحاسبة العمومية الحالات التي يمكن فيها التعاقد بهذه الطريقة على الشكل الآتي : « يمكن عقد الصفقات بموجب بيان او فاتورة :

١ – اذا كانت قيمتها لا تتجاوز /٣٠٠٠٠٠٠/ ليرة. ويطبق هذا الاجراء على تنفيذ موازنة الجامعة اللبنانية دون الحاجة الى استصدار نص آخر.

٢ - اذا كانت اسعار المواد المراد شراؤها محددة في تعريفة صـــادرة عن الادارة او هيئة دولية معترف بها، ويتعذر الحصول علـــى سـعر ادنـــى لها.

٣ - اذا كانت الصفقة تتعلق باستئجار آليات اشغال عامة بموجب تعرفة عامة تحدد بقرار من الوزير المختص.

يعقد الصفقة رئيس الوحدة المختصة، وتؤمن الاسـتلام اللجنـة المنصوص عليها في المادة ١٣٩ من قانون المحاسبة العمومية [١].

و - طريقة الاشغال بالامانة

الاشغال بالامانة هي الاشغال التي تتولى الادارة تنفيذها بنفسـها (م١٥٢). يجيز الاشغال بالامانة :

- رئيس الوحدة المختص اذا كانت قيمتها لا تجاوز /٣٠٠٠٠٠٠/ ليرة لبنانية.

- المدير او رئيس المصلحة في حال وجود عدم مديـــر، اذا كـــانت قيمتها تزيد على /٣٠٠٠٠٠٠/ ل.ل. ولا تتجـاوز /١٠٠٠٠٠٠٠/ ليرة لبنانية.

- المدير العام اذا كانت قيمتها تزيد على /١٠٠٠٠٠٠٠/ لـــيرة ولا تتجاوز /٣٥٠٠٠٠٠٠/ ليرة لبنانية.

---

[١] - المادة ١٣٩ محاسبة عمومية : « تستلم اللوازم والاشغال والخدمات في كـــل وزارة لجنة تعين بقرار من المدير العام، على ان تضم ثلاثة موظفين ينتمي احدهم الى الوحـــدة التي جرى التلزيم لمصلحتها، ويكون الآخران من خارجها ».

- الوزير اذا كانت قيمتها تزيد على /٣٥٠٠٠٠٠٠/ ليرة لبنانية، ولا تتجاوز مائة وخمسين مليون ليرة لبنانية.

- مجلس الوزراء في الحالات الاخرى .

- وتطبق الاصول العادية في شراء المواد اللازمة لتنفيذ هذه الاشغال (م ١٥٣).

ويمكن للادارات العامة ذات الموازنات الملحقة، والمؤسسات العامة، والبلديات، وسائر الاشخاص المعنويين ذوي الصفة العمومية، فتح حسابات جارية مستقلة بهم في مصرف لبنان.

ويجب ان يعين في كل ادارة تتولى تنفيذ الاشغال بالامانة، جهاز خاص مهمته مراقبة تنفيذ هذه الاشغال بالامانة. يرتبط هذا الجهاز برئيس الادارة مباشرة، ولا يتولى أي عمل من اعمال التنفيذ (م ١٥٤).

وعلى رئيس الوحدة التي تولت تنفيذ الاشغال بالامانة، ان يقدم الى ادارته بنهاية الاشغال، بيانا مفصلا بالكميات المنفذة والاكلاف المدفوعة على اختلاف انواعها.

ويتولى جهاز المراقبة التدقيق في هذا البيان، ويحيله مذيلا بمطالعته الى ادارة التفتيش المركزي (م ١٥٥).

صلاحيات القائمقام والمحافظ فيما يتعلق بعقد الصفقات وتنفيذها.

يمارس القائمقام، ضمن قضائه، الصلاحيات التي تخول الى المدير. ويمارس المحافظ، ضمن محافظته، الصلاحيات التي تخول الى

المدير العام، فيما يتعلق بصفقات اللوازم والاشغال والخدمات، التي يجري عقدها في القضاء او المحافظة (م١٥٦).

رابعا - العقود الادارية اجتهادا

بموجب اجتهاد Peryot ، تعتبر كافة العقود المتعلقة بانشاء او شق الطرق، عقودا ادارية، سواء كانت الادارة هي التي ابرمت العقد، او ابرمه اشخاص خاصون، اذ يعتبر ان هؤلاء الاشخاص انما يعملون لحساب الادارة.

وقد حاول البعض ان ينطلق من الاجتهاد المشار اليه، ليشمل عقودا اخرى تتعلق ببناء الانفاق، وباستثمار الطرق والمحافظة عليها. ولكن الرأي الراجع في القضاء الاداري، لا يلجأ الى الأخذ باجتهاد Peryot الا فيما يتعلق بانشاء الطرق [1].

خامسا - النظام القانوني للعقود الادارية

تمهيد

تتميز العقود الادارية بنظام قانوني خاص، يختلف في كثير من نواحيه، عن النظام القانوني للعقود المدنية، او عقود القانون الخاص. والسبب في ذلك، هو ان العقود الادارية على عكس العقود المدنية، تستهدف خدمة المرافق العامة على ان بعض جوانب النظام القانوني للعقود الادارية، ولا سيما تلك التي تتعلق بابرام العقد، تنطبق على القواعد العامة للعقد المدني. ولذلك يذهب الاجتهادان الفرنسي

---

[1] - فوزت فرحات، القانون الاداري العام، ص ٤٥٦

واللبناني، الى انه يطبق على العقود الادارية، قواعد القانون الخـــاص، المتعلقة بتبادل المشيئتين، وبعيوب الرضى، كالغلط [١]، والغبن [٢]. وقد اعتبر القضاء ان الغبن في العقود الادارية هو المعرف عنه في قـــانون الموجبات والعقود. ولكنه لا يتوفر عنصر استثمار الضيق او الطيش او عدم الخبرة، في الالتزامات التي تعقدها الادارة، علـــى اســاس دفـــتر شروط يمكن الاطلاع عليه من قبـــل أي كـــان [٣]، وبـــالموضوع [٤]. وبالشكل، وبالاكراه المعنوي [٥] وبالسبب، فترد الدعوى التـــي يطعـــن فيهـــا المستدعي، بعقد مصالحة اجراه مع الدولة، حول تعويضات عقـد امتياز، لسبب الاكراه المعنوي، ولفقدان السبب، اذا كانت غير صحيحة، ويقتبس القضاء الاداري في هذا المجال، احكام القانون الخاص، الواردة في قانـــــون الموجبات والعقود [٦] .كما تطبق على العقود الاداريـــــة احكام مرور الزمن. وقد قضى مجلس شورى الدولة اللبناني ، في هـذه المسألة، بأنه لا تسمع دعوى بطلان العقد لمرور الزمن عليها، حتـــــى ولو كان العقد اداريا [٧] .

---

١ - تمييز لبناني،١٩٣٤/٣/٣١، شورى لبناني، ١٩٥٦/٤/١٢، ن.ق. ١٩٥٦، ص ٤٤٣

٢ - تمييز لبناني، ١٩٣٨/٤/١٠، المحكمة الادارية الخاصــــة، ٢٧ /١٩٥٧/٣، قربـــان، المجموعة ١٩٥٧، ص ٢٨

٣ - المحكمة الادارية الخاصة، ١٩٥٧/١٠/١٦، المعلوف، المجموعة، ١٩٥٧، ص ٥١

٤ - شورى لبناني، ١٩٦٦/٥/١٠، الشمر، المجموعة، ١٩٦٦، ١٢٥

٥ - شورى لبناني، ١٩٤٥/٤/٢٢، و ١٩٥٧/٣/١٦، جان باز، م.س.، ج١/ ص ٣١١

٦ - شورى لبناني، ١٩٦٦/٥/١٠، الشمر، المجموعة ١٩٦٦، ص ١٢٥، وشورى لبناني ١٩٦٥/٢/٢٨، شركة بارك بيروت، المجموعة ١٩٦٥، ص ٥١

٧ - شورى لبناني، ١٩٥٦/٢/٨، شركة بارك بيروت، المجموعة، ١٩٥٦، ص ٥١.

غير انه اذا كان العقد الاداري يخضع في بعض جوانبه لاحكام القانون الخاص، فان مواطن التفرد والتمييز والاختلاف عن العقود المدنية، تظهر في اثناء تنفيذ العقد، وفي آثاره. اذ ان الادارة، في ظل النظريات المتعلقة بالعقد الاداري، تتمتع بحقوق وسلطات استثنائية، لا تتوافر في نطاق القانون الخاص، الذي يحكم العقود المدنية، كما ان المتعاقد مع الادارة يتمتع ببعض الحقوق الخاصة، بفضل استقرار نظريات خاصة تتعلق بالعقد الاداري، وتهدف الى تحقيق العدالة وحماية المتعاقد، ازاء الظروف الطارئة، وافعال السلطة او الحاكم او اعمال الامير.

ففي مرحلة نشوء العقد الاداري، تطبق عليه بعض احكام انشاء العقد، ومنها عيوب الرضى، وعندما يرسو الالتزام على المتعاقد، ويبدأ بالتنفيذ، تتمتع الادارة بسلطات واسعة في اثناء التنفيذ، وترتب موجبات خاصة معينة على المتعاقد معها، تقابلها حقوق خاصة له. وهذه السلطات يقر بها الفقه والاجتهاد لمصلحة الادارة، او يقر بها لمصلحة المتعاقد معها، من دون حاجة الى ادراجها في العقد او في أي نص لاحق، باعتبار انها اصبحت قاعدة عامة ملازمة لوجود العقد الاداري، وهي تتعلق بالنظام العام، وغير قابلة للتنازل عنها، وتكون الادارة ملزمة بتطبيقها، اذا دعت الحاجة الى ذلك. وهذا ما نعالجه، فيما يأتي :

أ - انشاء العقد

يمثل الادارة في التعاقد، موظف او مسؤول يوكل اليه انشاء العقد وابرامه. ويقتضي ان يكون هذا المسؤول ذا اهلية للتعاقد. وعادة ما تتكون لديه هذه الاهلية اما بمقتضى القانون، او بترخيص من السلطة المختصة، او بشكل قرار يفوضه الصلاحية، كالقرار الذي يصدر عن مجلس الوزراء او الوزير المختص، او المجلس البلدي بهذا الشأن، على الا يعطى الترخيص الا في ضوء توفر الاعتمادات اللازمة في الموازنة.

وثمة فرق بين الترخيص والقرار. فمع الترخيص يبقى المرخص له حرا بالتعاقد او بعدم التعاقد.بينما يلزمه صدور القرار بالتعاقد، فلا يبقى له مع هذا القرار حرية ممارسة او عدم ممارسة خياره.

وقد يتعلق الترخيص او القرار الذي يؤهل الموظف للتعاقد، بصحة العقد من الناحية الادارية. فعدم توافر الاعتمادات في الموازنة، أي ان تعيب القرار من الوجهة المالية، لا يؤثر في صحته، بل يبقى صحيحا، ويحق للمتعاقد مع الادارة ان يطلب تنفيذ العقد، وعندئذ، يتحتم على الادارة تصحيح المخالفة المالية المرتكبة، او اتمام المعاملات اللازمة لتوفير الاعتمادات اللازمة لتنفيذ العقد. ولا يحق للادارة الاثراء غير المشروع على حساب المتعاقد معها، بداعي ان الدين الذي ترتب بذمتها بموجب العقد، لم تعقد له النفقة من المرجع الصالح [1] .

---

[1] - شورى لبناني، ١٩٦٥/١٠/٧، رمضان، المجموعة، ١٩٦٥، ص ٢٤٢

فيجب، اذن، مراعاة قواعد الاختصاص الادارية عند ابرام الادارة للعقود. والقانون او التفويض او الترخيص او القرار، هي التي تعين الاشخاص الذين لهم سلطة ابرام عقود الادارة والعقود الادارية على السواء. وقد يكون ابرام العقد من سلطة هيئات او مؤسسات عامة، فيجب عندئذ ان يبرم العقد ممثل الهيئة او المؤسسة، وفضلا عن ذلك يقتضي ابرام العقود في حدود النشاط المرفقي الذي تختص فيه كل هيئة، وليس خارجه.

ب - ابرام العقد

يتم العقد بصورة عامة، باتحاد ارادتين : ارادة الموظف المؤهل المكلف قانونا او من قبل الادارة، وارادة المتعاقد مع الادارة.

ولا يتحقق تلاقي الارادتين الذي يتم به الاتفاق، الا اذا كان القبول شاملا موضوع العرض بكامله، او على الأقل العناصر الجوهرية التي يرتكز عليها. والا لا ينعقد الاتفاق، اذا لم يقبل العارض بالمقترحات المخالفة لعرضه [1].

ولا يزيل اتفاق الفريقين، العيب الناجم عن عدم صلاحية الموظف للتعاقد. وذلك لان صلاحيات السلطات المؤهلة لابرام العقد، تتعلق بالانتظام العام، فلا يجوز التعاقد عليها [2] .

---

[1] - شورى لبناني، ١٩٦٣/٧/١٢، شركة كهرباء قاديشا، المجموعة، ١٩٦٤، ص ٣٩

[2] - شورى فرنسي، ١٩٦٤/٧/١٣، شركة المقاولات العامة، المجموعة، ص ٤٧٣

ولكن ما هو الحكم فيما لو تعاقد شخص، عن حسن نية، مع موظف لا صلاحية له للتعاقد ؟

ان صلاحية الموظف تتعلق بالانتظام العام، فلا يمكن اعتبار العقد صحيحا، اذا وقعه عن الادارة، من لا صلاحية له. ومع ذلك يكون الموظف قد ارتكب خطأ خدمة تسأل عنه الادارة وتلزم بالتعويض على المتعاقد معها [1]، وهذه المسؤولية تكون مسؤولية غير تعاقدية، لانها تحققت قبل انشاء العقد، وينحصر مداها في الزام الادارة المسؤولة بالتعويض على المتعاقد معها، عن طريق دفعها النفقات التي تكبدها المتعاقد، بدون الارباح التي كان يأمل ان يجنيها، فيما لو تم العقد وجرى تنفيذه. وقد تعتبر هذه المسؤولية مشتركة بين الادارة ومن تعاقد معها، اذ اظهر هذا الاخير خفة، او عدم احتراز، او ارتكب خطأ.

وتجدر الاشارة، في هذا المجال، الى الاختلاف بين عدم الصلاحية واغتصاب السلطة. وبين عدم الصلاحية والموظف الواقعي. وذلك لان الموظف الذي يوقع عقدا بدون ان يكون مؤهلا لذلك، انما هو موظف حقيقي اعتقد خطأ انه له صلاحية للتعاقد، او أوهم، عن قصد، المتعاقد الآخر، بان له هذه الصلاحية. وعلى هذا الاساس يكون قد ارتكب خطأ، تسأل الادارة عنه.

---

[1] - شورى فرنسي، ١٩٦٤/٤/٢٤،شركة زيوت شوني، المجموعة، ص ٢٤٥، دالوز، ١٩٦٤، ص ٥٧٩، تعليق فرومون، مجلة القانون العام، ١٩٦٤، ص ٧٩٩، تعليق فالين.

ج - المصادقة على العقد

يلحظ القانون، في غالب الاحيان، وجوب المصادقة على العقد من قبل السلطة التسلسلية المختصة، او من قبل سلطة الوصاية، بعد توقيع العقد من قبل الموظف المختص المؤهل للتعاقد عن الادارة .

وتعتبر هذه المصادقة عنصرا اساسيا منفردا من عناصر تكوين العقد، لا يصبح بدونها نافذا. وللادارة سلطة استنسابية مطلقة للمصادقة او لعدم المصادقة على العقد، ولا تكون مسؤولة بالتعويض، فيما لو رفضت المصادقة عليه [1] .

غير ان الادارة تكون مسؤولة في حال سوء نيتها، كاستعمالها دسائس خداعية [2]، او كما لو استفادت من اعمال من تعاقد معها [3].

الا ان العقد ينشئ قبل المصادقة عليه، موجبات على عاتق الفريقين، فيمتنع عليهما القيام باي عمل يحول دون المصادقة عليه. فلا يحق، مثلا، للمجلس البلدي، التدخل لدى سلطة الوصاية، لحملها على رفض المصادقة، لا بل عليه السعي الى الحصول عليها.

---

[1] - شورى فرنسي، ١٨٩٤/٣/١٦، لرميت، مجموعة، ص ٢١٨، ١٨٩٥/١١/١٧، كريساك، مجموعة، ص ٤٢٤، ١٩٢٤/٧/٩، انسلم، مجموعة ٦٦٢

[2] - شورى فرنسي، ١٩٣٢/٥/١١، شركة اعمال الغرب الجنوبي، مجموعة ٤٨٠، ١٩٤٧/٧/٢٥، شركة الفا، مجموعة، ص ٣٤٤

[3] - شورى فرنسي، ١٩٤٦/٢/١، مصلحة الاسكان في مرسيليا، مجموعة، ص ٣٥

وعندما تحصل المصادقة، ينبرم العقد، وتصبح الادارة ملتزمة بتنفيذه، فلا يسعها الرجوع عنه [١] .

وتعود مفاعيل المصادقة الى تاريخ توقيع العقد [٢].

يتضح مما تقدم، ان الاصول التعاقدية الادارية، تتألف من عناصر ثنائية، كتوقيع العقد، ومن عناصر منفردة، كالترخيص المعطى للموظف لتوقيع العقد والمصادقة عليه من السلطة التسلسلية، او من سلطة الوصاية. ويجيز الاجتهاد، فصل هذه العناصر المنفردة عن العقد، والطعن فيها امام مجلس شورى الدولة، بسبب تجاوز حد السلطة، من دون المساس مباشرة بالعقد [٣] .

د - خصائص انعقاد وتنفيذ العقد الاداري

في اطار البحث بكيفية ابرام العقود الادارية، تقتضي الاشارة الى بعض الخصائص الواقعية والقانونية في انعقاد وتنفيذ العقد الاداري، ومنها :

١ - شرط الكتابة

وان كانت القاعدة العامة على الأقل من الناحية النظرية، تقتضي بان تكون عقود الادارة رضائية، وبالتالي لا يشترط فيها الكتابة، الا ان

---

١ - شورى فرنسي، ١٨٩١/٤/١٧، لانيه ، مجموعة ص ٢٧٩، ١٩٤٤/٣/٣، شركة التعمير الوطنية، مجموعة، ص ٧٦، ١٩٥١/١/١٧، بلدية جوانفيل لبون، مجموعة، ص ٢٤

٢ - شورى فرنسي، ١٩٥١/١/١٧، بلدية جوانفيل ليبون، مجموعة، ص ٢٤.

٣ - جان باز، م.س.، ص ٣١٤

العقود المهمة التي تجريها الادارة، تقتضي ان تتم كتابة، وذلك لان الكتابة ضرورية لبيان شروط العقد التي تحرر بطريقة مسبقة، فضلا عن الاجراءات والاشكال التي تخضع اليها عملية ابرام العقد. وقد اعتبر مجلس شورى الدولة ان العقد الشفهي لا يعتبر عقدا اداريا [1] .

٢ - اخذ الرأي

يوجب القانون في كثير من الحالات ان يؤخذ رأي جهة معينة كمجلس شورى الدولة او ديوان المحاسبة، قبل ابرام العقد.

٣ - اتباع طريقة معينة لابرام العقد

لا تكون الادارة حرة، في كل الحالات، في اختيار المتعاقد معها، خلافا للوضع بالنسبة الى الافراد في عقودهم الخاصة. بل حدد لها القانون طرقا واجراءات معينة، يقتضي اتباعها،بغية تأمين حسن اختيار المتعاقد، وافضل الشروط الفنية والمالية، تحقيقا للمصلحة العامة. كما هو الامر في المناقصة العمومية، أو استدراج العروض، او الاتفاق بالتراضي، وسواها.

٤ - العقود النموذجية

كما ان الادارة ليست حرة، دائما، في صياغة شروط عقودها، اذ يحتم القانون، احيانا، عليها، الأخذ بعقود نموذجية، بالاضافة الى ما

---

[1] - شورى، ١٩٣٧/٢/٢٣، غير منشور، ورد في مقال لبيار داغر، واشار اليه جان باز، م.س.، ص ٣٠٢، هامش ٤

تفرضه القوانين من شروط تسري على العقود، ولو لم يرد ذكرها في هذه العقود.

ان القيود المشار اليها وامثالها تعتبر قيودا عامة، تؤدي مخالفتها الى بطلان العقد.

سادسا - آثار العقود الادارية

بما ان عقود ال BOT ، تعتبر، مبدئيا، من العقود الادارية، وبهذه الصفة، يترتب عليها من الاثار، ما يترتب على العقود الادارية، فأننا نرجئ هنا دراسة آثار هذه العقود، ونعود اليها فيما بعد عند دراسة آثار عقد ال BOT منعا من التكرار.

الفصل الاول

ماهية عقود ال BOT واشكالها، والتمييز بينها وبين بعض العقود المشابهة، وطبيعتها القانونية

اولا - ماهية عقود ال BOT

أ - تعريفها ومفهومها

تمثل عقود ال BOT صورا جديـــدة ومســـتحدثة مـــن العقـــود الادارية، تستهدف القيام بمشاريع ضخمة، تعهد بها الحكومة الى احـــدى الشركات الوطنية او الاجنبية، للقيام بانشاء مرفق عام وتشغيله لحســـابها الخاص، مدة من الزمن، على ان تلتزم بنقل ملكيتـــه الـــى الدولـــة، او اداراتها العامة، او مؤسساتها العامة، بعد انقضاء المدة المتفق عليها.

واصطلاح ال BOT هو اختصار لكلمات انكليزية ثلاث، هي :

البنـــــــــاء Build

التشغيـــــــل Operate

نقل الملكية Transfer

ويقابلها بالفرنسية المصطلح .C.E.F ، أي

البنـــــــاء Construire

الاستثمـــــار Exploiter

نقل الملكيـــة Transférer

وتستعمل الكلمات المذكورة، او غيرها من المرادفات المماثلـــة، للدلالة على المشاريع التي تمنحها الدولـــة، بواســطة الامتيـــاز، الـــى القطـــاع الخاص، بهدف اقامة البناء وتشغيل المشروع، الذي يعود غالبا الى البنية التحتية، وذلك لحساب القطاع العـــام واداراتـــه ومؤسســـاته العامة، ضمن مهلة محددة، تنتقل بعدها ملكية المشروع الى الدولـــة او احد اشخاص القانون العام.

لم تعرف مشاريع ال BOT ، في بادئ الامر، لصعوبـــة ايجـــاد تعريف دقيق يحيط احاطة كاملة ودقيقة بمفهومها الشامل، الذي يضــــم عددا من العناصر التعاقدية المختلفة [1]، غير ان لجنة الامـــم المتحـــدة للقانون النموذجي (الانسترال) عرفت عقود ال BOT بأنها شـــكل مـــن اشكال تمويل المشاريع، تمنح بمقتضاه حكومة ما، لفترة من الزمن، احد الاتحادات المالية، ويدعى " شركة المشروع "، امتيازا لتنفيذ مشـــروع معين. وعندئذ تقوم شركة المشروع ببنائه وتشغيله وادارته لعـــدد مـــن

---

1 – Il n'existe pas de définition juridique du concept de B.0.T. qui peut recouvrir un grand nombre de montages contractuels différents. Ce cigle anglais signifie Build, Operate, Transfer , concevoir et construire l'infrastructure – Exploiter l'infrastructure – Transférerer l'infrastruture au concédant (1) .

(1) – La négociation contractuelle des projets, la lettre du droit du commerce international Http/dess. dci multnani com. /L . dci archives, art. 99-1 htem.

السنوات، فتسترد تكاليف البناء، وتحقق ارباحا من تشغيل المشروع واستثماره تجاريا، وفي نهاية مدة الامتياز تنتقل ملكية المشروع الى الحكومة.

وتعرفه منظمة اليونيدو (Unido منظمة الامم المتحدة للتنمية الصناعية) بأنه اتفاق تعاقدي بمقتضاه يتولى احد اشخاص القطاع الخاص انشاء احد المرافق الاساسية في الدولة، بما في ذلك عملية التصميم والتمويل والقيام باعمال التشغيل والصيانة لهذا المرفق، فيقوم هذا الشخص الخاص بادارة وتشغيل المرفق خلال فترة زمنية محددة، يسمح له فيها بفرض رسوم مناسبة على المنتفعين من هذا المرفق، واية رسوم اخرى بشرط الا تزيد عما هو مقترح في العطاء، وما هو منصوص عليه في صلب اتفاق المشروع، لتمكين ذلك الشخص من استرجاع الاموال التي استثمرها، ومصاريف التشغيل والصيانة، بالاضافة الى عائد مناسب على الاستثمار. وفي نهاية المدة الزمنية المحددة، يلتزم الشخص المذكور باعادة المرفق الى الحكومة، او الى شخص خاص جديد يتم اختياره عن طريق الممارسة العامة [1].

ويعرف البعض عقد ال BOT بأنه نظام من نظم تمويل مشروعات البنية الاساسية، حيث تعهد الدولة الى شخص من اشخاص القانون الخاص، يطلق عليه، في العمل تسمية (شركة المشروع)، بموجب اتفاق بينهما يسمى (اتفاق الترخيص)، تلتزم شركة المشروع بمقتضاه، بتصميم وبناء مرفق من مرافق البنية الاساسية ذات الطابع

[1] – دليل منظمة اليونيدو، ص ٢٨٨

الاقتصادي، ويرخص لشركة المشروع بتملك اصول هـــذا المشــروع وتشغيله بنفسها، او عن طريق الغير، ويكون عـــائد تشــغيل المرفــق خالصا لها، على نحو يمكنها من استرداد تكلفـــة المشــروع، وتحقيــق هامش ربح طول مدة الترخيص [١] .

اذا كان مصطلح ال BOT يعني البناء والتشغيل ونقل الملكيـــة، فان تنفيذ هذا المصطلح، من الناحية العملية، يستلزم تحديدا دقيقــا لمــا تشمله هذه الكلمات. مع الاشارة الى انه لا يمكن وضع مـــا تتضمنـه بصورة موحدة يجري تطبيقها في جميع عقود ال BOT، اذ ان لكل منها خصوصياته ومداه، ولذلك يقتضي تحديد ما تشمله هذه الكلمات في متن العقد، بصورة دقيقة. ونشير في هذا المجال الى ما نصت عليه المــادة ٤٧ من العقد الموقع بين الدولة والليبان بوست، التي حددت مـــا هــو المقصود بعبارة نقل الملكية، المعبر عنها بحرف .T حيــث ورد انــها تشمل نقل جميع العمليـــات الخاصـــة بـــالبريد والنيوهـــاو المتعلقـــة بالمبيعـــات والتسويق والتخطيط والتمويل الاداري، والادارة اللوجستية، ومخططات الاعمال، وكل ما يتعلق بادارة البريد، والمساعدات الفنيـــة، وجميع العقود التي تكون قد ابرمتها مع الشـــخص الثـــالث، والابنيـــة والمعدات والسيارات. وغير ذلك مـــن الآت الدراجـــة التـــي يســـتقلها العمـــال في تأدية خدماتهم.

ولكن ما القول بالنسبة الى العقود التي تكون الشركة قد ابرمتـــها قبل انهاء العمل، ولكنها تأخذ مدى في التنفيذ بعد انتهاء العقد ؟ في هـذه

---

[١] – محمد عبد المجيد اسماعيل، عقود الاشغال الدولية والتحكيم فيها، ط ٢٠٠٣، ص ٥٣

الحالة يقتضي التفريق بين العقود التي اخذت علما بها الدولـــة، حيث يسري نقل الملكية عليها، حتى بعد انتهاء مدة المشروع، وبين العقـــود التي لم تأخذ علما بها، وفي هذه الحالة، تسقط هذه العقود بمجرد انتهاء مدة عقد شركة المشروع. ولكن توقف مثل هذه العقـــود قـد يحـدث اضرارا جسيمة تترتب على عاتق الدولـــة، ويرفـع المســؤولية عـن شركـــة المشروع لانتهاء مدة الاستثمار، الامر الذي يلزم الدولة بالقبول بمثل هذه العقود، والعمل بها حفاظا على المصلحة العامة، التي قـد لا تجد البديل الوافي في معظم الاحيان.

وفي مدة الستة اشهر الاخيرة من المدة، وبموجـب العقـد، أي فـي المدة التي يتم فيها نقل ملكيـــة الاســتثمار الـــى وزارة الـبريد والاتصالات السلكية واللاسلكية، تقوم هذه الـــوزارة، يوميـــا، بمقابلـــة الادارة التي يقوم بها المستثمر.

ويتم نقل مركز الخدمات، بما في ذلك العقـــود المبرمـــة مـــع الشخص الثالث. ونقل النظام الفني بحالة جيدة ونقالة، بما في ذلك، قطع الغيار، والقطع المستثمرة للمستثمرين.

وقبل نهاية اثني عشر شهرا من تاريخ النقل، تنظم لجنة للمراقبة والتأكد من جميع الانظمة المستعملة في خدمات البريد، ولوضع لائحـــة تصنف جميع ما تتكون منه هذه الخدمات. تتألف هذه اللجنة من خمســـة اعضاء، ثلاثة منهم يعينون من قبل وزارة البريد والاتصالات الســـلكية واللاسلكية، واثنان من قبل المستثمر، وتعين الـــوزارة الرئيـــس. أمـــا المعايير الواجب اعتمادها في عمل هذه اللجنة فترجع الى تاريخ النقل.

ويتم نقل جميع عقود العمل بموجب لائحة تضم اسماء العاملين والمستخدمين في ليبان بوست، ويخضع بالتالي جميع هؤلاء العمال الى وزارة البريد والاتصالات السلكية واللاسلكية. ويتم ابلاغ الوزارة قبل ستة اشهر من انتهاء مدة العقد.

ويتم نقل جميع العقود مع الاشخاص الآخرين، التي تتضمن التنازل عن شهادات وبراءات او غير ذلك، مما كان يستعمل في اطار المشروع، وعقود تأمين العمال، وبوالص التأمين العائدة لهم قبل انتهاء مدة العقد.

ويحق للوزارة قبل ستة اشهر من انتهاء العقد ان تعلم الليبان بوست عدم قبولها بمتابعة أي عقد ابرم مع شخص ثالث، وفي هذه الحالة، ينتهي العقد بانتهاء مدة المشروع، ولا تعتبر الوزارة مسؤولة عن أي تعويض.

وفيما يتعلق بنقل الحقوق المعنوية، تتعهد الليبان بوست، في مدة انتهاء النقل، ان تضمن للوزارة نقلا حرا ومستمرا وغير حصري للشهادة المستعملة بهدف تشغيل الخدمات البريدية في لبنان. ويتم نقل جميع الحقوق الممنوحة التي كانت تعود الى المستثمر وخلفائه. ولكنه يتوجب على الوزارة عدم استعمال هذه الاجازات، مستقبلا، الا في اطار الخدمات البريدية.

ويتم ابلاغ الوزارة، قبل اثني عشر شهرا من انتهاء مدة العقد، بلائحة العقود التي يكون المستثمر قد اعد بيعها الى الوزارة، باسعار يتم

وصفها بكتاب تقويم. وتقوم الوزارة بابلاغ المستثمر قبل ستة اشهر، بما تريد القيام به، بشأن هذه العقود.

ويتم نقل الخدمات البريدية الى الوزارة بدون ثمن. ولكن هناك بعض الاعمال التي يجب على المستثمر دفعها، كرسوم التسجيل والضرائب وغيرها [١].

من خلال هذا المثال الحي لمفهوم نقل الملكية، يمكن تصور المدى الشامل والمختلف لمفهوم نقل الملكية، ولمفهومي البناء والتشغيل.

يعتبر عقد ال BOT من عقود الاستثمار، وهو بهذه الصفة يخضع الى القوانين المنظمة للاستثمار، فيترتب عليه العديد من الالتزامات، وينتج عنه للمستثمر حقوق، من اهمها : حق الاستثمار في اثناء فترة الامتياز. وهذا ما نأتي على ذكره تفصيلا لدى بحث آثار العقد. ونكتفي هنا بالاشارة الى الالتزامات، ومن اهمها : الالتزام المتعلق بالمدة، حيث يلتزم المستثمر بتنفيذ المشروع في المدة المحددة له، والالتزام المتعلق بالتشغيل حيث لا يحق للمستثمر انهاء الاتفاقية بارادته المنفردة. كما يلزم المستثمر باعادة المشروع الى الحكومة بدون مقابل، وفي حالة جيدة في نهاية فترة التعاقد او الامتياز. في حين تلتزم الحكومة بعدم انشاء مشاريع مماثلة، او الترخيص لمستثمر آخر بالعمل في مشروع مماثل ومنافس خلال فترة التعاقد. وكذلك تلتزم بعدم اصدار التشريعات والقوانين التي من شأنها انقاص الايرادات اللازمة لتغطية تكاليف المستثمر والارباح المناسبة. وفي المقابل يحق

---

[١] - نعيم مغبغب، عقود البناء والاشغال العامة والخاصة، ط ٣، ٢٠٠١، ص ٤٨٧

للمستثمر استغلال المشروع خلال فترة الامتيـــاز، والحصــول علــى الايرادات الناتجة عن الاستغلال طول هذه الفترة. كما يحق له اللجــوء الى وسائل تسوية المنازعات بالطرق السلمية،دون اللجوء الى القضـــاء المحلي او الدولي، وذلك في حال وجود خلافات بين طرفي العقد،فيمـــا يتعلق بتنفيذ العقد، او مراحل الانشاء او التشغيل،وحتى نقل الملكية.

ويحق للمستثمر التمتع بكافة الضمانات والحوافــز المنصــوص عليها في قوانين الاستثمار، المنظمــــة للنشـــاط الاقتصـــادي، وكذلــك الحصول على التسهيلات التي تمنحها الدولة لتشجيع الاستثمار المحلــي والاجنبي.

ويحق للجهات الحكومية الرقابية، القيام بكافة اجراءات الرقابـــة الفنية والادارية والمالية والامنية، وعلى المستثمر تمكينها من ذلك طول فترة التعاقد او الامتياز.

اصبح نظام BOT نظامـــــا عالميـــا، تلجـــأ اليـــه معظــم دول العالم،شرقها وغربها، الكبرى منها والنامية، تضع فيه استثمارات عالية، لتحقيق خططها للاصـــلاح والنمـــو الاقتصـــادي. وذلـــك لانَ معظـــم الحكومات تعاني عجزا في موازناتها العمومية، وهي لا تستطيع تلبيـــة احتياجات شعوبها لتشييد مشاريع البنية الاساسية، وترى لزامـــا عليـــها اتخاذ احد خيارين : اما عدم تلبية الحاجة الى انشاء هذه المشــــاريع، او اللجوء الى زيادة الضرائب على شعبها، وكلا الخيارين يؤدي الى نتائج سيئة اقتصاديا واجتماعيا. وفي ضوء ذلك ظهر نظام ال BOT كخيـــار ثالث، يتمثل في الاستعانة بالقطاع الخاص، ليقوم بانشاء البنية التحتيـــة،

مستخدما استثماراته في مقابل الحصول على حق استغلال كامل للمرفق العام الذي يبنيه بتمويله الذاتي، وبرأسماله، خلال فترة محددة من الزمن، بموجب عقود امتياز تحدد فيها شروط استغلال المرفق التي تمكن المستثمر من استعادة التكاليف التي انفقها من رأس ماله الخاص، وتسديد القروض التي اقترضها لانشاء المشروع، وتوزيع الارباح على المساهمين، على ان يقوم بنقل ملكية المرفق وتسليمه الى الحكومة عند نهاية فترة الامتياز في حالة جيدة وصالحة للتسيير.

ان الميزة الرئيسية لعملية تمويل احد المشاريع وفق طريقة ال BOT ، والتي تفرقها عن قاعدة التمويل التقليدية، هي ارتكاز هذه العملية على المردود الناتج عن تشغيل مشروع معين، لاجل استرداد نفقات التوظيف وتسديد الديون المقترضة لتمويل هذه المشاريع، والحصول على الربح المأمول. ومن الامثلة على ذلك، مشروع الاوتوسترادات الكبرى، التي تسلكها مركبات الجمهور لقاء بدل معين (Péage) ، باعتبار ان سالكي هذه الاوتوسترادات هم الذين يدفعون الاموال اللازمة لانشائها ووضعها قيد الاستعمال، وذلك على شكل رسم يدفعه المنتفع لدى البدء بسلوك الاوتوستراد. فالمال المحصل من المنتفعين هو الذي يستند اليه المستثمر لاسترداد نفقاته وايفاء قروضه وحصوله على الارباح، وليس اموال الدولة ولا كفالتها.

ويختلف تمويل المشاريع بطريقة BOT عن تقنيات التمويل التقليدية، في ان هذه الاخيرة تستند، من اجل تأمين سلامة عملياتها، الى كفالة الدولة، ولذلك يتوجب على المستثمر، في هذه الحالة، ان يتأكد من

قدرة الدولة على تسديد ديونها، وان يدقق في عناصر المخاطر، ومنها تصرف الدولة في دفع ديونها عن عمليات سابقة، والمقدار الحالي لهذه الديون. اما اذا اراد المستثمر ان يلجأ الى كفالة مؤسسات خاصة، فيتوجب عليه، عندئذ، ان يأخذ بالاعتبار ميزانية هذه المؤسسات وقدرتها على التسليف والاستلاف.

اما مع نظام ال BOT فان المستثمر يستوفي حقوقه المالية من المنتفعين مباشرة، ولا حاجة له للاستيفاء الاستناد على كفالة الدولة او كفالة المؤسسات الخاصة، وان كان من اجل ضمان حقوقه يطلب مثل هذه الكفالات. ولكنه في جميع الاحوال، عليه ان يأخذ بالاعتبار كافة المخاطر الممكن حدوثها، من سياسية وتجارية وقانونية، التي يمكن ان ترافق هذه المشاريع. وعليه ان يدرس بعناية كل هذه الظروف.

وبالنظر الى امكانية وجود مثل هذه المخاطر، فان اغلب مشاريع ال BOT تتولاها مجموعة من شركات القطاع الخاص، سواء المحلية منها او الدولية او المشتركة بين الاثنين، وذلك بصيغة اتفاق موحد بينها، او بصورة " كونسورسيوم"، تسهيلا لعملية التمويل من جهة، وافساحا في المجال لتوزيع المخاطر على جميع الفرقاء في حال حدوثها، من جهة اخرى.

ولكن الاقبال على الاتفاق بين الشركات المتعددة او الكونسورسيوم من شأنه، ان يثير بعض الصعوبات، ومن اهمها :

- ان اتخاذ القرارات من قبل جميع الفرقاء يصبح اكثر تعقيدا.

- ان المفاوضات بين الحكومات والفرقاء المتعددين يستغرق وقتا طويلا.

- ان تعدد الفرقاء يستلزم مستندات كثيرة تصبح مطلوبة، ومنها : العقود وسائر المستندات المثبتة للفرقاء واهليتهم وخبرتهم.

- والخلاصة هي ان ثمة اتجاها واضحا في العالم، يزداد يوما بعد يوم، ويرمي الى اشتراك القطاع الخاص،بصورة متزايدة في المشاريع العمومية، اما عن طريق التمويل التقليدي المباشر، واما عن طريق الخصخصة، واما عن طريق وسط يجمع بين الاثنين وهو مشاريع التمويل الذاتي من قبل المتعهد في نظام ال BOT .

وبالنظر الى الصعوبات التي تعاني منها معظم الدول في ايجاد موارد لتسديد الديون التي تعقدها، مما يؤدي الى انحسار التمويل التقليدي المباشر. وبالنظر الى المعارضة التي تبديها اوساط كثيرة، في الذهاب بعيدا الى الجهة الاخرى المقابلة، أي تحويل مشاريع المصالح العامة الى القطاع الخاص، عن طريق الخصخصة، فان حلا وسطا متمثلا بطريقة ال BOT اخذ يحتل الصدارة " في الكثير من البلدان، لانه يأخذ في المشاريع، بحسنات كلا الطريقتين، ويتجنب الى حد ما، محاذيرها.

ولكن لا يجب الاستهانة بالصعوبات التي تطرحها صيغة ال BOT في تمويل المشاريع، بما تتضمنها من ايجابيات وسلبيات نأتي

على ذكرها لاحقا. ومن الطبيعي انه يتوقف على حل هذه الصعوبات، نجاح هذه الصيغة او فشلها .

ب - لمحة تاريخية

يعتبر البعض ان الجذور التاريخية لنظام ال BOT ترجع الى نظام الامتياز الذي انتشر في القرن التاسع عشر ومطلع القرن العشرين. ولكن البعض الآخر يذهب الى أن نظام ال BOT يختلف اختلافا جوهريا عن نظام الامتياز القديم، وانه احدث كثيرا من هذا النظام،لانه يطلق يد القطاع الخاص في التصرف في المرفق موضوع الامتياز، بحيث يكون دور الحكومة المعنية في ادارته محدودا للغاية، فلا تكاد تمارس اية سلطة عليه [1] .

وينسب البعض اصطلاح ال BOT الى تورغوت أوزال الذي كان رئيسا للوزراء في تركيا، لانه كان اول من اطلق هذا التعبير في اوائل الثمانينات، من القرن العشرين غداة اجتماعه برجال الاعمال والمستثمرين واصحاب شركات المقاولات من القطاع الخاص، بعد نجاحه في الانتخابات، حيث شرح استراتيجيته الجديدة في التنمية والاصلاح الاقتصادي، باسناد المشاريع الجديدة في مجال البنية التحتية الى القطاع الخاص، على اساس نظام ال BOT ، فضلا عن خصخصة شركات القطاع العام، وفقا للبرنامج الانتخابي الذي كان قد

[1] - دليل منظمة، اليونيدو، ص ٤

تقدم به ونجح على اساسه. وهكذا اصبح نظام ال BOT تعبيرا عن النهج الاقتصادي الجديد في تركيا [1].

وفي كل الاحوال، لا يعتبر نظام عقود ال BOT من الانظمة الحديثة، بل ترجع بوادره الى منتصف القرن التاسع عشر، حيث انشأت فرنسا، عن طريق هذا النظام، امتياز المياه (بيريه اخوان)، كما انشأت مصر قناة السويس بمنحها سنة ١٨٥٤ السيد فرديناند دوليسبس، وبموجب الفرمان الصادر في ١٨٥٤/٩/٣٠ حق امتياز حفر قناة السويس لمدة تسعة وتسعين عاما، وهو اول مشروع قريب من نظام ال BOT قبل ان يقر المشرع المصري هذا النظام بنص تشريعي. ثم تبعه مشاريع اخرى كثيرة، تتعلق بعدد من المرافق العامة المصرية، ومن اهمها : شركة سكك حديد الدلتا، وشركة المقطم، وشركة ماركوني للراديو والتلفونات،وشركة الترام والاوتوبيس.

ولا يمكن اعتبار نظام ال BOT نظاما مبتكرا في كليته، حيث ترجع جذوره الى ما يعرف بعقود الامتياز التي كانت منتشرة في أواخر القرن التاسع عشر وبدايات القرن العشرين في فرنسا وغيرها من الدول، حيث استخدمت فرنسا هذه العقود لتنفيذ السكك الحديدية ومحطات الكهرباء والتزويد بمياه الشرب، كما ان مصر وسوريا عرفتا هذا النظام في الاربعينات حيث تم تزويد ضاحية مصر الجديدة

---

[1] – محمد سليمان غزال، تقرير مقدم الى وزير الاقتصاد المصري، في ١٩٩٧/١/١٥ بشأن المشاريع بنظام ال BOT ، ص ٣ ؛ ابراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام، ط ٢٠٠٣، ص ٤٦

بالكهرباء والماء وخطوط الترام وفق هذا النظام، كما تعتبر قناة السويس من الامثلة الشهيرة لعقود الامتياز في نهايات القرن التاسع عشر.

وقد اختفى هذا الاسلوب تقريبا منذ ثلاثينات القـــرن العشـــرين وخاصة بالنسبة الى مشاريع البنية الاساسية،واقتصر تطبيقه في مجـــال التنقيب عن الثروات الطبيعية وخاصة البترول. وفي منتصف الثمانينات وفي عام ١٩٨٤ بالتحديد حصل تطوران مهمان على صعيد تطبيق هذا النظام، ففي هذه السنة تم توقيع اتفاقية تنفيذ نفق المانش (The Channel Tunnel) الذي يربط بيـــن فرنســـا وبريطانيـــا، وذلـــك بيـــن كل مـــن الحكومتيـــن البريطانية والفرنسية من جهة وبيـــن شـــركة يوروتانـــال (Eurotunnel) من جهة اخرى، وكذلك دعوة رئيس الـــوزراء الـــتركي أنذاك تورغوت اوزال (Turgat Ozal) لاستخدام هذا الاسلوب في تنفيـــذ مشروعات البنية الاساسية في تركيا، ويرجع اليه استخدام التعبـــير ال BOT لأول مرة للاشارة الى هذا النوع من المشروعات.

ولا يقدم نظام ال BOT جديدا فيما يتعلق بتنفيذ مشروع التشـــييد من الناحية الفنية والتقنية، وانما يقدم اطارا وهيكلا تعاقديا جديدا لتنفيـــذ مشروع التشييد من الناحية التنظيمية والادارية، بحيث يتم وفقه تحميـــل المستثمر (المقاول) مسؤولية التصميم والتشييد التـــي كـــانت تتحملـــها جهتـــان مختلفتان في النظم التقليدية لعقود التشـــييد، وكذلـــك تحميـــل المستثمر مسؤولية التمويل التي كانت تتحملها الحكومة في الســـابق، أي ان نظام ال BOT يقدم اضافة جديدة الى الاساليب المتاحـــة امـــام رب العمل (الحكومة) لتنفيذ مشروع التشييد.

ويجدر بالذكر ان ظهور وانتشار البنية الاساسية في شكلها المعاصر بدأ مع ظهور مخترعات الثورة الصناعية في بدايات القرن التاسع عشر، حيث شهدت هذه الفترة انتشار السكك الحديدية كوسيلة للمواصلات، وكذلك انتشار الطاقة الكهربائية وما تلاها في فترات لاحقة من تطور الاتصالات ، وكذلك تم في هذه الفترة الاستفادة من التكنولوجيا التي وفرتها الثورة الصناعية في بناء قطاعات البنية الاساسية الاخرى.

اما من ناحية تمويل البنية الاساسية فقد مر بمراحل منتظمة في مختلف دول العالم، عبر تأثره بالافكار والنظريات الاقتصادية التي تطورت خلال هذه المراحل، ويستثنى من ذلك بعض الحالات الخاصة، ويمكن القول بشكل عام ان تمويل مشروعات البنية الاساسية مر باربعة مراحل هي :

المرحلة الاولى : مرحلة الحرية الاقتصادية

امتدت هذه المرحلة منذ بدايات القرن التاسع عشر واستمرت حتى منتصفه، وهي المرحلة التي شهدت الثورة الصناعية في اوروبا، حيث بدأ ظهور المبادرات الفردية وتطور المشروعات الصغيرة الممولة من قبل الافراد والاسر، كما ظهرت مشروعات البنية الاساسية كالسكك الحديدية وتزويد المدن بالغاز والفحم وتوزيع البريد، عبر مؤسسات صغيرة الحجم كثيرة العدد تعمل برؤوس اموال صغيرة. وتميزت هذه المرحلة بالحرية الاقتصادية الكاملة والتمويل الكامل للبنية الاساسية من قبل القطاع الخاص وخاصة في بريطانيا عهد الثورة

الصناعية، وذلك اتباعا للنهج الاقتصادي الذي وضعه آدم سميث العالم الاقتصادي الشهير في كتابه ثروة الامم (The Wealth of Nations)

المرحلة الثانية : تنظيم وتقنين البنية الاساسية

استمرت هذه المرحلة منذ منتصف القرن التاسع عشر وحتى الحرب العالمية الثانية، حيث ازدهرت مشروعات البنية الاساسية بشكل كبير، وانتشرت السكك الحديدية وطرق المواصلات والمطارات، وكذلك بدأ استخدام الطاقة الكهربائية على نطاق واسع وامتدت شبكات الكهرباء والاتصالات الهاتفية والمياه عبر مساحات كبيرة من العالم.

وادركت مختلف حكومات العالم اهمية البنية الاساسية وارتباطها بالتطور الاقتصادي وبرفاهية المجتمع، كما ادركت مخاطر تحول مزودي البنية الاساسية الى محتكرين وبالتالي تحكمهم في الاسعار وتحقيق ارباح كبيرة على حساب مستخدمي البنية الاساسية، اضافة الى سعي المستثمرين الى تشييد مشروعات البنية الاساسية في المناطق الحضارية وابتعادهم عن المناطق الريفية الفقيرة. ونتيجة لذلك سعت الدول المختلفة في هذه المرحلة الى وضع القوانين والنظم التي تنظم هذا القطاع والتي تهدف بالدرجة الاولى الى حماية المستهلكين، وكذلك توجيه البنية الاساسية بالشكل الذي يخدم الاقتصاد القومي ككل وليس فئات محددة من المستثمرين، وكذلك عملت بعض الحكومات على تقديم تسهيلات للمستثمرين لتشييد المزيد من مشروعات البنية الاساسية في مناطق مختلفة كمنحهم الاراضي والاعفاءات الضريبية وتوقيع عقود امتياز طويلة الأجل معهم. ولا تعتبر الدول العربية استثناء في هذه

المرحلة، فقد شهد الوطن العربي في هذه المرحلة انتشار مشـــروعات كبيرة للبنية الاساسية اهمها شق قناة السويس في مصر التي تعتبر مــن اضخم مشروعات الهندسة المدنية في العصر الحديث، وكذلك انتشـــار السكك الحديدية التي بدأ استخدامها في مصر عــام ١٨٥١، وازدادت لتصل الى ١٥١٨ كيلومترا بحلول عام ١٨٨٢. كما انتشــرت الســكك الحديدية في المغرب العربي وتلاها المشرق العربي الذي كان خاضعــا للحكم العثماني في هذه الفترة، وذلك عبر عقود امتياز كـــان يحصــل عليها المستثمرون لتشييد مشاريع البنية الاساسية.

ومع حلول القرن العشرين خضعــت معظــم الــدول العربيــة للاستعمار الاوروبي الذي عمل على ربط اقتصادياتها باقتصاده، وقـــام بتشييد المشاريع التي تخدم اهدافه الاستعمارية عبر شـــركات وطنيــة للدول المستعمرة.

اما تمويل مشاريع البنية الاساسية فقد يتم في معظمه من قبـــل القطاع الخاص، وذلك في مختلف الدول، واقتصر دور الحكومات فـــي هذه المرحلة على تنظيم هذا القطاع من خلال اصدار القوانيــن التــي تهدف الى تحديد الاسعار ومنع الاحتكـــار وبالتـــالي حمايـــة جمـــهور المستهلكين (المنتفعين) من الخدمة.

المرحلة الثالثة : تأميم البنية الاساسية وزيادة التدخل الحكومي

تلت هذه المرحلة الحرب العالمية الثانية واستمرت حتى الفـــترة ما بين منتصف السبعينات والآن بشكل متباين في دول العالم المختلفـــة، ففي اوروبا التي دمرت الحرب قطاعات واسعة من بنيتـــها الاساســية

تولت الحكومات مسؤولية اعادة بناء وتأهيل البنية الاساسية، وقامت بريطانيا التي وصلت حكومة حزب العمال الى السلطة فيها، بتأميم محطات وشبكات الطاقة الكهربائية والاتصالات، وفي دول العالم الثالث والدول العربية لم يكن الامر مختلفا، حيث قامت الحكومات الوطنية التي تشكلت في هذه الدول بتأميم معظم قطاعات البنية الاساسية كما حدث في مصر بعد ثورة يوليو وتأميمها لقناة السويس وغيرها من المشاريع الكبيرة.

وقامت معظم حكومات العالم بتأسيس شركات ومؤسسات حكومية لتشكيل ما يعرف اليوم بالقطاع العام، والذي ساهم في بناء وتشغيل البنية الاساسية خلال هذه الفترة، اما التمويل فكان على الأغلب تمويلا حكوميا مباشرا من موازنة الحكومة التي تنجم عن الواردات الحكومية من الضرائب والرسوم وغيرها، ويساعد على نمو هذا الاتجاه النظريات الاقتصادية والافكار الاشتراكية التي انتشرت في هذه المرحلة، وتطبيق مبدأ الدولة المتدخلة.

المرحلة الرابعة : العودة الى مشاركة القطاع الخاص

بدأت هذه المرحلة مع اتساع مساهمة القطاع الخاص في البنية الاساسية في مرحلة الثمانينات وذلك في مختلف قطاعات البنية الاساسية كالصرف الصحي، الطاقة الكهربائية، المياه، النقل، الاتصالات....، وترجع جذور الخصخصة (Privatization) الى الولايات المتحدة الاميركية التي بدأت عملية اعادة الهيكلة في السبعينات وما تلاها من

الخبرات في عملية الخصخصة التي تشكلت لـــدى بريطانيـــا وتشـــيلي ونيوزيلندة والتي نمت خلال الثمانينات.

ومنذ عـــام ١٩٨٤ وحتـــى ايلـــول ١٩٩٥ قـــامت ٨٦ دولـــة بخصخصة ٥٤٧ شركة للبنية الاساســـية وكذلـــك مشـــاركة القطـــاع الخـــاص في تمويل ٥٧٤ مشروعا جديدا للبنية الاساسية في حوالي ٨٢ دولة. وبلغت قيمة ما تم خصخصته ٣٥٧ بليون دولار امريكي، كما ان القطاع الخاص ساهم في تمويل مشروعات جديـــدة للبنيـــة الاساســـية بقيمـــة ٣٠٨ بلايين دولار اميركي مما يعني استثمارات ســـنوية مـــن القطاع الخاص تساوي ٦٠ بليون دولار، وهذا ويتوقع اســـتمرار هـــذا الاتجاه في تمويل مشروعات البنية الاساسية وزيادته وربما مضاعفتـــه مع بداية القرن الجديد. وكأن مراحل تمويل البنية الاساسية تدور فـــي حلقة مستمرة للتأميم والخصخصة. وتعد الترتيبات التعاقدية لمشـــروع ال BOT ترتيبات معقدة تشارك فيها حكومة الدولة المضيفة ، وشـــركة المشروع، وهو الاسم الذي يطلق على الكيان الذي يشـــكله المســـتثمر الخاص لتنفيذ المشروع، وتقوم بتوفـــير التمويـــل الـــلازم للمشـــروع، والممولون الذين يقومون بتقديم القروض لشركة المشـــروع بضمـــان اتفاقية المشروع والآت ومعدات شركة المشروع، والعنصر الأهم هـــو العائد الذي سيحققه المشروع من خلال بيع الخدمة التي ينتجها المشروع للمستهلك، وشركة التشييد (المقاول) التي تتولى تنفيذ اعمال التشييد فـــي المشروع [١] .

[١] - محمد غازي الجلالي، محاضرة، كلية الهندسة المدنية – جامعة دمشق

ج - تطور مفهوم عقود ال BOT

تزايدت، في السنوات الاخيرة، اهمية مشاريع البنى التحتية الكبرى، التي تقام عن طريق عقود ال BOT . ويعود ذلك الى تعاظم دور القطاع الخاص في تمويل هذه المشاريع،بحيث لم يعد يقتصر تمويلها على اجهزة الدولة وموازنتها فحسب، بل اصبح القطاع الخاص يضطلع بدور كبير في تمويل مثل هذه المشاريع، ولا سيما في الدول النامية، التي تعجز حكوماتها، من جهة، عن النهوض بحجم التمويل اللازم، ويتسنى لها، من جهة اخرى، عن طريق عقود ال BOT ، توفير العملات الاجنبية، وتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية المنشودة، ونقل التكنولوجيا الى الدولة المضيفة، مع رفع كفاءة التشغيل والخدمات الفنية للمرفق العام، وايجاد فرص عمل للافراد والشركات الوطنية.

والواقع هو ان فكرة المرفق العام بدأت تتطور في الآونة الاخيرة، واخذت الحكومات والدساتير والتشريعات تقبل بفكرة مشاركة القطاع الخاص في المرافق العامة. وهذا ما يؤيده القضاء في احكامه. وبالفعل فقد اعتبرت المحكمة الدستورية العليا في مصر، في قرار حديث لها، بأنه لا يوجد في مشاركة القطاع الخاص باعمال القطاع العام، مخالفة للدستور، بل ان هذه المشاركة هي تكريس للقيم التي يدعو اليها الدستور، وفي مقدمتها الاستثمار الافضل، والاجدر بالحماية. وعلى تقدير ان القطاعين العام والخاص شريكان متكاملان، فانهما لا يتزاحمان، ولا يتعارضان او يتفرقان، بل يتولى كل منهما مهاما يكون مؤهلا لها، واقدر عليها. وان ما تنص عليه المادة ٢٩

مــن الدستور المصري من اشكال للملكية، تتقدمها الملكيـــة العامـــة، وتقوم بجوارها الملكية التعاونية والخاصة، ليس الا توزيعا للادوار فيما بينها، لا يحول دون تساندها وخضوعها جميعا الى رقابة الشعب [١] .

من الميزات الاساسية لنظام عقود ال BOT انها تقدم حلا لمشكلة تمويل مشاريع البنية التحتية، من دون ان تضطر الدولة الى اللجوء الى الاقتراض، او فرض مزيد من الاعباء علـــى مواطنيــها، او تحميــل الموازنة العامة اعتمادات كبيرة، ومع ذلك تقدم خدمـــة اساسـية الـــى المواطنين تتمثل بانشاء مرافق عامة. ولقد اصبحت البنيـــة الاساسـية المنخفضة التكاليف شرطا لا غنى عنه لقيام تنمية اقتصاديـــة ناجحـــة، وانتاج قادر على المنافسة،في ظل اقتصاد حر يتجـــه نحـــو العولمـــة، وينبغي على الدولة النامية مواجهـــة المتغـيرات الاقتصاديـــة، علـــى الصعيدين العالمي والمحلي، لتوفير خدمات البنية التحتية، مـــن طـرق ومواصلات صحية، وخدمات تعليمية وطبية وسياحية وسواها.

وقد تمر بعض الدول النامية، وحتى المتقدمة، في وقـــت مـــن الاوقات بازمات اقتصادية، وتعجز عن توفـــير الاعتمـــادات اللازمـــة لتمويل انشاء مشاريع بنية تحتية جديدة، او حتى الابقاء والحفاظ علـــى الخدمات الاساسية القائمة في حالة متطورة وصالحـــة، فتتجـــه نحـــو آليـــات مبتكرة لتمويل هذه المشاريع، ومن بينها نظام ال BOT، الـــذي يستند الى فكرة واضحة مؤداها تمكين الحكومة من التوسع في مشـاريع

---

[١] – المحكمة الدستورية العليا المصرية، جلســـة ١٩٩٧/٢/١، قضيـــة رقـــم ٧ لســـنة ٦ القضائية؛ محمد عبد المجيد اسماعيل، م.س.، ص ٥٤

البنية التحتية وتحسينها، عن طريق استثمار الموارد المختلفة من خارج اعتمادات الموازنة، والتزامات الدولة من الديون الداخلية والخارجية.

يعتبر تمويل المشاريع حجر الزاوية في استراتيجية ال BOT وينتج عن ذلك ان المستثمرين والمقرضين يركزون اساسا على اصول المشروع وما يدره من عائدات اكثر من تركيزهم على مصادر الضمان الأخرى، كالضمانات الحكومية، او اصول الجهة المشاركة في المشروع [1].

وتقوم استراتيجية ال BOT على اتفاقيات ذات طبيعة خاصة لتمويل وبناء وتشغيل مشاريع البنية الاساسية، وقد اصبحت الدول النامية تهتم بهذه الاستراتيجية للاسباب الآتية :

- يتم التمويل من خارج اعتمادات الموازنة العامة، وبعيدا عن القروض المحلية او الخارجية، وهذا ما يؤدي الى تفادي فرض ضرائب جديدة، او رفع معدلات الضرائب القائمة فعلا. وذلك لاسباب سياسية او اجتماعية او اقتصادية او مالية، كحالة الانكماش مثلا.
- تفادي ارتفاع اسعار الفائدة التي تؤدي الى احجام القطاع الخاص عن الاستثمار، وتفادي مشكلات ميزان المدفوعات او الاستنزاف من احتياطي العملات الاجنبية، وما يترتب على ذلك من تخفيض قيمة العملة.

---

[1] – دليل اليونيدو Unido باللغة الانكليزية، ص ٣

- تنفيذ الدولة مشاريع بنيتها التحتية او الاساسية بشكل اكثر كفاءة واقل كلفة وتقنية بواسطة رجال الاختصاص، كالمديرين الفنيين والمشرفين والمهندسين الاخصائيين واصحاب الكفاءات الفنية العالمية.

- الحصول على احدث التكنولوجيات الجديدة وادخالها في القطاع العام. ومن ثم انتشارها في سائر القطاعات الاخرى.

- ترسيخ مفاهيم جديدة تفيد بان القطاع الخاص اصبح قادرا على المشاركة الايجابية في عمليات التنمية.

ولا بد في هذا المجال من الاشارة الى الاهتمام الدولي بمشكلة البنية التحتية او البنية الاساسية. فبالرغم من الانجازات الكبيرة التي تم تحقيقها خلال العقود الماضية،في مجال البنية التحتية، فانّ هذه البنية تواجه اليوم، مشاكل كثيرة، لانها تحتاج الى مبالغ كبيرة لصيانتها، كما تتطلب الاستثمارات الجديدة في هذه البنية مبالغ ضخمة، وخصوصا مع التطور التكنولوجي الكبير لطرق تنفيذها، وارتفاع معدلات التضخم، في الوقت نفسه التي تعاني فيه موازنات الحكومات من ضغوط شديدة، وعدم امكانية زيادة الضرائب. ولا تقتصر هذه المشكلة على الدول النامية فحسب، بل انها قائمة حتى في الدول المتقدمة.

ولذلك فقد تناول تقرير التنمية في العالم للعام ١٩٩٤، الصادر عن البنك الدولي، بعنوان " البنية الاساسية من اجل التنمية "، هذه المشكلة بمزيد من التفصيل، وخصوصا في الدول النامية.

ويلخص هذا التقرير، اهم المشاكل التي تواجهها البنية التحتية وهي :

- تدني كفاءة التشغيل المتمثل في الضياعات في الانتاج، وفي الاستخدام غير الفعال للعمال.

- تدني الكفاءة المالية، المتمثل بفرض تعريفة غير مناسبة، او استخدام ادارة مالية محدودة الكفاءة.

- عدم الاستجابة لطلب المستخدمين، وذلك نتيجة للاسباب السابقة، ويتمثل ذلك في تكرار الاخطاء في توصيل الخدمة، وفي قوائم الانتظار الطويلة التي تطول مددها لتأمين الخدمة، كالاتصالات مثلا :

- اهمال الفقر

- اهمال البيئة

وقد اقترح التقرير مجموعة من الخطوات لتحسين اداء البنية الاساسية، وهي:

- تطبيق القواعد التجارية في ادارة وتشغيل البنية التحتية، وذلك عبر اعطاء الادارة حرية اكبر في اتخاذ القرارات المتعلقة بالتعريفة، والالتزام بالقواعد المحاسبية بحيث يتم الالتزام بعنصر الربحية، واخذ الصيانة والاستهلاك، وغيرها في الاعتبار.

- المنافسة التي يمكن الاستفادة منها بين القطاعات المختلفة، او في القطاع نفسه، ولا بد لتحقيق المنافسة من تجزيء قطاعات البنية التحتية على المستويين العامودي والافقي.

- مشاركة المستخدمين والمنتفعين في القرارات المتعلقة بالبنية التحتية، وبالتالي الاستجابة لحجم الطلب الفعلي.

ورأى التقرير ان ثمة عوامل مهمة تساعد على تطبيق هذه الخطوات، واهمها التقدم التكنولوجي، والاتجاه الحالي الى تحرير الاقتصاد، وزيادة الاعتماد على القطاع الخاص، وكذلك تزايد الاهتمام بالنواحي الاجتماعية والبيئية. واخيرا اقترح التقرير اربعة خيارات تتعلق بملكية وتشغيل البنية التحتية، يمكن للحكومة النامية ان تستخدم ايا منها في حل مشكلة البنية التحتية لديها، وذلك وفق ظروفها الخاصة. وهذه الخيارات هي :

الخيار A : ملكية عامة وتشغيل من قبل القطاع العام،عبر هيئات حكومية او عامة.

الخيار B : ملكية عامة مع تشغيل من قبل القطاع الخاص،عبر عقود ادارة او عقود امتياز BOT

الخيار C : ملكية خاصة وتشغيل من قبل القطاع الخاص

الخيار D : ملكية تعاونية وتشغيل من قبل المستخدمين والمحليات

من السمات الرئيسية لعقد ال BOT ، انه يعقد لمدة طويلة، اذ انه يمر بمراحل متعددة هي الآتية :

المرحلة الاولى : وهي المرحلة التحضيرية والاعداد للمشروع، واختيار الملتزم، ويتم فيها تحديد المشروع ومواصفاته وسبل تمويله، واعداد دراسات الجدوى الاقتصادية والمالية والاجتماعية الاولية، ثم اعداد

المستندات والدعوة الى العطاءات وتقديمها، والقيام بالدراسات اللازمة والاختيار وقرار الارساء.

المرحلة الثانية : وهي مرحلة التنمية التي تبدأ بتكوين شركة المشروع، وهي شركة اموال، وابرام اتفاق الترخيص او الالتزام، ثم اتفاقات وعقود التمويل، وابرام عقود المقاولة والتوريد والضمان.

المرحلة الثالثة : وهي مرحلة تشييد المرفق العام، وتحضيره للتشغيل التجاري، واختيار المرفق وقبوله.

المرحلة الرابعة : وهي المرحلة المتعلقة بالتشغيل التجاري، والتي تشمل التشغيل والصيانة خلال مدة الترخيص والالتزام، ودور الدولة في المعاينة والمراقبة والتدريب ونقل التكنولوجيا الحديثة.

المرحلة الخامسة : وهي المرحلة المتعلقة بانتهاء مدة الترخيص او الالتزام، ونقل الاصول، وهي تشمل اجراءات النقل، وتسلم المشروع خاليا من كافة الرهون والمديونيات والاشارات، وذلك وفقا للحالة المتفق عليها، وتسوية أية امور مالية.

ان هذه المراحل، ولا سيما المرحلة المتعلقة بالادارة والتشغيل، والتي يعول عليها الملتزم لكي يسترد ما أنفقه، ويحصل على استثمار مربح، تجعل من عقد ال BOT، عقدا طويل المدة بطبيعته، وان كانت هذه المدة تختلف باختلاف اهمية المشروع، ومدى ما يستلزمه من وقت لانجاز مراحله المختلفة والمتعددة، وتكاليفه، والمدة اللازمة لتغطية هذه التكاليف والحصول على الربح المأمول.

د – ميدان تطبيق نظام ال BOT

من المشاريع المهمة التي يتم انشاؤها عن طريق عقود ال BOT ما يأتي :

١ – مشاريع البنية التحتية المتعلقة بالمرافق العامة الاساسية، التي تقوم الدولة بها اساسا، كانشاء المطارات والطرق والجسور ومحطات الكهرباء والانفاق، والمستشفيات والمرافق التحتية، وسواها.

٢ – المجمعات الصناعية، حيث تعهد الحكومة الى القطاع الخاص بانشاء مثل هذه المجمعات وادارتها، ثم اعادتها، بعد انتهاء مدة العقد، الى الدولة.

٣ – استصلاح الاراضي المملوكة من الدولة ملكية خاصة، واستثمارها، كاقامة مشاريع التنمية العمرانية او استصلاح الاراضي الزراعية، او اقامة مشاريع الري وغيرها.

٤ – انشاء المناطق الحرة، وتأهيلها كما حصل في الكويت حيث قامت الحكومة الكويتية بمنح الشركة الوطنية العقارية حق تأهيل وبناء اول منطقة حرة في ميناء الشويخ، ولفترة امتياز بلغت ٢١ عاما، وذلك بهدف تنشيط الوضع التجاري والاستثماري. ولقد استطاع القيمون على هذا المشروع تحقيق العديد من الانجازات، كتلك المتعلقة بالبنية التحتية واقامة الارصفة والممرات والمخازن والاسواق والبرادات، الى جانب اقامة فنادق داخل المنطقة.

٤ – انشاء الاسواق التي تتوفر فيها كافة الانشطة التجارية والترفيهية

٥ - انشاء المنتجعات المختلفة

٦ - خدمات الاتصالات الهاتفيـــة المتعلقـــة بالـــهاتف المحمـــول او الخليوي .

٧ - انشاء المرافق السياحية، ومنها مرفأ جعيتا السياحي.

هـــ - تمويل عقود ال BOT

عادة ما يلجأ المتعهد، لتمويل مشروعه، في نظام ال BOT الـــى المصارف والمؤسسات المالية، المحلية والاجنبية، لتمده بالاعتمـــادات اللازمة، وفقا للاصول المصرفية المعتمدة، عن طريق الاقراض النقدي او فتح الاعتمادات البسيطة والمستندية. غيرانه، نظرا لطبيعـــة العقـــد الدولية، واستيراد المواد والتجهيزات المختلفة من الخارج، فان الغـــالب في عقود فتح الاعتمادات هو ان تكون اعتمادات مستندية.

ولا يعتمد الممول، سواء كان مصرفا او مؤسسة مالية،بصـــورة حصرية سوى على القيمة الجوهرية والذاتية للمشروع، وليـــس علـــى صفة المستقرض، كما يظهر عادة في التمويل الكلاسيكي المقـــدم مـــن المصارف [١]، كما يعتمد الممولون على الضمانات التي تقدم اليهـــم،

---

١ - La lettre du droit du commerce internationale : « Dans un BOT, le preteur (banquier, fonds de pension, investisseur…) n'est censé compter que sur les qualités intrinsèques du projet, non sur la qualité de l'emprunteur comme le voudrait l'approche bancaire classique, en ces infrastructures.

ومن اهمها : ضمانات نقدية وعينية عقارية، وحكومية،وكثيرا ما تستند المصارف بصورة رئيسية الى الضمانات الحكومية.

وبالنظر الى ضخامة الاموال المراد استثمارها، قد يلجأ المستثمرون الى الحصول على الائتمان، ليس فقط من مصرف واحد، بل من عدة مصارف تشكل فيما بينها اتحادات مالية، لتقديم العطاء المشترك للمشروع.

قد تدخل مؤسسات التمويل في صميم العقد، بحيث يتعهد الممولون بتقديم جميع الوسائل اللازمة للتمويل، وفي مقابل ذلك يكون لهم حق المراقبة الدقيقة على الاستثمارات.

ولا بدّ من ان تتكون الثقة في ملاءة الشركات الممولة بصورة كافية. ولذلك يحق للمتعهد ان يطلب من الشركات الممولة تقديم الاثبات المقبول، بانها تملك القدرة الكاملة من اجل دفع الثمن المحدد في العقد. وقد يتم الاتفاق على ان يحق للمتعهد وقف تنفيذ الاشغال اذا لم تف الشركة الممولة بالتزاماتها. ومثل هذا الاتفاق يوفر للمتعهد وسيلة للمراجعة القضائية اذا اقتضى الامر، وهذا ما لا يرتاح اليه المقرضون في عقد ال BOT، فلا يرضون مرغمين بهذا البند الا اذا سبقه انذار من المتعهد.

غير ان المصارف والمؤسسات الممولة، بوجه عام، لا تقدم على تمويل المتعهدين في عقود ال BOT ما لم تدرس بدقة امكانية نجاح المشروع، واستيفاء حقوقها كاملة. وهذا ما يعبر عنه بالجدوى الاقتصادية، حيث يشكل العامل الاقتصادي بالنسبة الى الممول، العنصر

الاساسي الدافع الى استثمار المشروع، فاذا كانت الجدوى الاقتصادية المتأتية عن استثمار الاموال التي تقدمها مؤسسة التمويل الى المشروع واستثماره، مرتفعة، فانها تقدم على التمويل، والا تتراجع.

وثمة عدد غير محدد من العناصر المؤثرة على العامل الاقتصادي، ولا سيما ان مدة العقد عادة ما تكون طويلة، مما يجعل التقلبات مؤثرة على التوازن الاقتصادي للمستثمر. وعليه يقتضي دراسة ما يتوقع حصوله مستقبلا، او على الأقل وضع جدول بما قد يحصل، وما هو تأثيره على الاستثمار، والنظر الى جميع المخاطر التي قد تحدث، وهي متعددة، منها :

١ - الاوضاع السياسية والاقتصادية :

تشكل المعضلات السياسية عنصرا يجب اخذه بعين الاعتبار، لدراسة الجدوى الاقتصادية، وخصوصا في مشاريع ال BOT التي يزدهر تنفيذها في الدول النامية،التي تكون عرضة للتبدلات السياسية بسرعة كبيرة، تبعا لمصالح الدول العظمى المؤثرة في سياسات الدول النامية، الامر الذي يتطلب اقصى درجات الحيطة والحذر من قبل الممولين، مما يحملهم على طلب ضمانات من الدول تسمح لهم بتحويل اموالهم الى الخارج، وعلى اللجوء الى شركات الضمان، لضمان مثل هذه المخاطر.

٢ - امكانية الاستيعاب في الاسواق المحلية

لا بد من ان يقوم الممول،قبل اقدامه على التمويل، بدراسة امكانية توزيع السلع التي تنتجها المشاريع واستثمارها بشكل صحيح، وقدرة الاسواق المحلية والعالمية على المنافسة، وما ينتج عن ذلك من اعاقة الاستثمار. ولذلك يقوم الممول بوضع دراسة معمقة لكل ما قد يستجد، ومن المحتمل تأثيره على قدرة الاسواق المحلية على الاستيعاب. وبدون هذه الدراسة قد يكون الامر محفوفا بالمخاطر، ومن شأنه زيادة النفقات، من دون السيطرة على امكان تغطيتها عن طريق الاستثمار.

وفي هذا الاطار نشير الى كتاب شركة سيليس الموجه الى الدولة اللبنانية بتاريخ ٢٠٠٠/٤/١٩، الذي ورد فيه انه بالاضافة الى التغطية المطلوبة، فان الشركة تؤمن تدريجيا تغطية داخلية ضمن المجمعات العامة وفي داخل السيارات. كما ان قدرة استيعاب الشركة تبلغ اربعمائة وعشرين الف مشترك،في حين ان عدد المشتركين الحاليين يبلغ ثلاثمائة وخمسين الفا.

٣ - التضخم المالي وانعكاساته على الاستثمار

يجب، لتحديد الجدوى الاقتصادية، التوقف، مطولا، امام الاوضاع المالية للبلاد، وسعر صرف العملة المحلية، وسعر الفائدة في الاسواق المالية، وبنوع خاص، درس معدل التضخم، والرسوم الجمركية التي تلعب دورا بارزا في عملية تحديد الاسعار الداخلية. وكل ذلك يستلزم درس جميع الطرق المتبعة لتسديد الدين والفوائد، ونسبة

الايرادات المخصصة مباشرة للمقرض، واتباع جداول احصائية دقيقة لجميع هذه المؤشرات [1] .

٤ - عدم الايفاء وانعكاساته السلبية

من اهم النقاط الاساسية في دراسة الجدوى الاقتصادية، معرفة امكان حصول ظروف قد تحول دون ايفاء الديون المستحقة للممولين. ولذلك يجب النظر الى مصداقية الدول في الايفاء، وتعاملها السابق مع الاطراف الذين تتعاقد معهم، والمشاكل التي كانت تحصل بين الدولة والموردين والمقاولين ومستعملي المشروع. كما يجب التأكد من انجاز او عدم انجاز المشروع فنيا وتقنيا، مع ما يتضمنه من المعرفة الدقيقة لتسيير المشروع،من معرفة سرية اعماله، وسرية النيوهاو أي وسائل المعرفة التي ترتكز عليها، ووجود اليد العاملة الفنية القادرة على التنفيذ بالشكل الصحيح، فضلا عن توافر او عدم توافر المواد الاولية اللازمة للمشروع. مما يستدعي توقيع اتفاقات طويلة الامد لتوفير هذه المواد بشكل صحيح، وانشاء شبكة اتصالات لنقل هذه المواد، اذا اقتضى الامر.

و - واقع عقود ال BOT في بعض الدول العربية

١ - في لبنان

تجتمع في لبنان، كما في بلدان متعددة،الاسباب المؤيدة لاعتماد طريقة ال BOT ، كما تبرز مشكلات مرافقة لهذه الطريقة. ولكنه

---

[1] - نعيم مغبغب، عقود البناء والاشغال الخاصة والعامة، ط ٣، ٢٠٠١، ص ٤٩٥

يلاحظ ان بعض المشكلات المهمة التي تعترض هذا النوع من المشاريع في بلدان اخرى، غير مطروحة في لبنان، بفضل نظامه الاقتصادي الحر، ومن اهمها، مشكلة حرية القطع وصرف العملات وتحويلها من والى الخارج، فضلا عن كفاءة اجهزة التمويل اللبنانية، كالبنوك المحلية، التي تستطيع التكيف بسرعة، مع الوسائل المستجدة للتمويل.

غير ان مشاريع ال BOT التي طال الحديث عنها، وعقدت مؤتمرات علمية حولها، لم يظهر على صعيد الواقع، الا القليل منها. فمشاريع الاوتوستراد العربي، والاتوستراد الدائري، وقصر المؤتمرات، ومشاريع القوانين التي تجيز تلزيم بعض مشاريع البنى التحتية، وفق صيغة ال BOT ما تزال موضوع مناقشات او مفاوضات. اما المشروع الاساسي الذي جرى تحقيقه فعلا، وفق هذه الصيغة، فهو مشروع تجهيز واستثمار مغارة جعيتا، حيث صدر بتاريخ ١٩٩٣/١١/١٨ قرار برقم ١٨٦ عن وزير السياحة يتعلق باستثمار مرفق جعيتا السياحي.

وقد اعطيت، بموجب هذا القرار شركة " ماباس " الالمانية حق استثمار مرفق جعيتا السياحي المكون من مغارتين واستراحة ومطاعم ومواقف للسيارات وتلفريك وخط حديدي، وغيرها من التجهيزات والوحدات الانتاجية للمرفق المذكور، وذلك لمدة ثمان عشرة سنة، لقاء بدلات حددت سنويا.

وقد حددت موجبات شركة ماباس على الشكل الآتي :

- القيام بالدراسات والتصاميم التقنية والهندسية والاقتصادية والمالية ووضع الخرائط التفصيلية .

- اعادة تأهيل مرفق جعيتا السياحي

- اجراء الاصلاحات والترميمات والتجهيزات اللازمة، واعادة تجهيز وتأثيث المطاعم والاستراحة، واعادة العمل بالمصاعد الكهربائية (التلفريك) وصيانة وتجهيز وانارة المغارتين وتأمين المراكب.

- صيانة المرفق والمحافظة على موجوداته وحراسته وتنظيفه والاعتناء به.

- دفع النفقات والمصاريف والاعباء المالية والرواتب والتعويضات والرسوم والضرائب

- تحمل جميع المسؤوليات الناجمة عن الاستثمار

- تقديم كفالة مصرفية

- تسليم وزارة السياحة جميع المنشآت والتجهيزات والتحسينات والمعدات والاثاث عند انتهاء مدة الاستثمار لكي تصبح ملكا لها وحدها، ولا يحق للشركة ان تطالب باي تعويض.

- الحصول على موافقة وزارة السياحة بالنسبة الى الرسوم والتصرفات والادارة.

كما حددت موجبات وزارة السياحة بما يأتي :

- اعطاء حق الاستثمار الى الشركة لمدة ثمان عشرة سنة

- يتكون مرفق جعيتا السياحي من المغارتين والاستراحة والمطاعم والمواقف والتلفريك والخط الحديدي والتجهيزات التابعة له.

- مراقبة الادارة ورقابة سير العمل والاشراف الدائم عليه.

وبتاريخ ١٥/٦/١٩٩٥، صدر عن مجلس الوزراء القرار رقم ٦ المتعلق بتمديد مدة الاستثمار لمرفق جعيتا السياحي.

وبتاريخ ٩/٥/١٩٩٦، وبموجب المراجعة رقم ٦٥٠٣ ادعي على الدولة اللبنانية امام مجلس شورى الدولة، بطلب ابطال القرارين المذكورين، لعدة اسباب من اهمها : ان القرار ١٨٦ المذكور منح شركة ماباس امتيازا لادارة مرفق عام، وهذا ما يخالف المادة ٨٩ من الدستور، وقد تجاوز وزير السياحة صلاحياته الدستورية والادارية، وذلك لان العقد الرضائي موضوع الدعوى يخضع لتصديق السلطة التشريعية. ولقد حل القرار ١٨٦ المطعون فيه محل المشرع ومحل بلدية جعيتا واعطى شركة ماباس حق فرض الرسوم واستيفائها وحرم الدولة من مداخيل باهظة. وان قرار مجلس الوزراء رقم ٦ المشار اليه مخالف للقانون، لانه فوض وزير السياحة بالمهام الفنية. وقد صدر عن مرجع غير صالح، لان السلطة التشريعية وحدها تتمتع بصلاحية البت بالموضوع. وان القرار المطعون فيه صدر عن سلطة غير صالحة، وهو باطل المفعول وكأنه لم يكن وغير موجود، ويقتضي اعلان بطلانه بدلا من ابطاله. وان القرار المطعون فيه عديم الوجود لانه غير قابل الاتصال لا باحدى صلاحيات وزير السياحة منفردا، ولا بأي سلطة من سلطات الحكومة مجتمعة.

وقـد ردت الدولة اللبنانية على المراجعة بعـدة اسـباب مـن اهمهـا :

ان القرار المطعون فيه هو مجرد عقد وليس بـالقرار الاداري النافذ والضار، وقد صدر بناء على تفويض من مجلس الـوزراء. وان القرار المطعون فيه يهدف الى حسن تسيير المرفق السـياحي، تحـت اشراف وزارة السياحة، وليس هو بمثابة امتيـاز، وان حـق اسـتثمار المغارة مكرس بالمرسوم المسند الى قانون، وهو المرسوم رقـم ٥٧٤٣ المعدل بالقانون ٢١٥ تاريخ ١٩٩٤/٤/٢.

وقد صدر عن مجلس شورى الدولة القرار رقـم ٥٨٥ تـاريخ ١٩٩٦/٥/٩، الذي قضى برد المراجعة.

ومما جاء في حيثيات هذا القرار :

بما ان موجبات الشركة " ماباس" تتلخص بمثلث يتكـون مـن العناصر والركائز الآتية :

١. اعادة تأهيل واصلاحات وترميم وبناء
٢. تشغيل المرفق العام واستثماره
٣. نقل الملكية في نهاية العقد

وبما ان العناصر الثلاثة المذكورة اعلاه أي :

البنـــاء Build

والتشغيــل Operate

ونقل الملكية Transfert

تشكل مكونات العقد BOT الحديث العهد والساري المفعول في جميع دول العالم.

وبما ان العقد BOT يختلف تمام الاختلاف عن امتياز المرافق العامة. ولا يحتاج الى تصديق السلطة التشريعية، ولم يصدر بموجب قانون، بل يخضع للاصول المرعية الاجراء بالنسبة الى العقود الادارية العادية.

وبما ان العقد BOT ليس هو امتياز مرفق عام، بل يدخل في عداد امتيازات الاشغال العامة.

غير ان الجهة المدعية لم تقف مكتوفة اليدين، بل قدمت بتاريخ ١٩٩٦/٨/٩ وتحت رقم ١٩٩٦/٦٩٨٠ مراجعة طلب اعادة المحاكمة، ضد القرار ١٩٩٦/٥٨٥، الصادر عن مجلس شورى الدولة بتاريخ ١٩٩٦/٥/٩. غير انها ما لبثت، ان تراجعت عن مراجعتها، فصدر على اثر ذلك عن مجلس القضايا لدى مجلس شورى الدولة بتاريخ ١٩٩٦/١١/٢١، القرار رقم ٩٦/٨٢ - ٩٧ الذي قضى بتدوين رجوع الجهة المستدعية عن الدعوى والحق.

كما انه تم بتاريخ ١٩٩٤/٦/٢٨ عقد اتفاق بين الدولة اللبنانية - وزارة الاتصالات والبريد والبرق، من جهة وشركتين أجنبيتين احداهما فرنسية والثانية فنلندية يتعلق باعادة تجهيز بنية الهاتف الخليوي على اساس تقنية ال BOT.

كما تم التعاقد بين الدولة اللبنانية - وزارة البريد والاتصالات السلكية واللاسلكية من جهة وشركة ليبان بوست من جهة اخرى على القيام بالخدمات البريدية في لبنان، لمدة اثنتي عشرة سنة، وقد جرى تعديل العقد بتاريخ ١٩٩٨/٧/٢٢ .

ومن مشاريع ال BOT في لبنان، مشروع انشاء كاراج مطار بيروت الدولي.

وما تجدر الاشارة اليه هو ان منح الامتيازات في ادارة المرافق العامة ليست فكرة جديدة في النظام اللبناني، بل هي تعود الى بدايات القرن التاسع عشر، حيث تم منح امتياز لاستثمار مرفأ بيروت في ظل النظام العثماني، وتتابع هذا الامر لاحقا. وفي السياق عينه تم منح امتياز كهرباء بيروت، وكهرباء قاديشا، وكازينو لبنان وسواها.

وقد تضمنت هذه الامتيازات احكاما نظمت امور البناء والتجهيز والتمويل والادارة والصيانة والجباية والرقابة من السلطة المانحة على تحقيق المشروع واستثماره واعادة الانشاءات والتجهيزات القائمة عليه بعد مرور فترة من الزمن.

٢ - في الكويت

بالرغم من ان المشاريع التي تنفذ بواسطة القطاع الخاص بنظام ال BOT في دولة الكويت تعتبر حديثة نسبيا، الا ان هذه الدولة قطعت شوطا ملحوظا في هذا المجال، حيث استطاع القطاع الخاص الكويتي، كونه يمتلك القدرات والامكانات المالية، والكفاءات، والكوادر

البشريـــة، ويبتعد نسبيا عن البيروقراطية والروتين، التي تتصف بـــها الادارات الرسمية، ان يحقق امالا معقودة عليه، خـــلال فـــترة زمنيـــة قصيرة، في تحمله للمسؤولية، وقيامه بتنفيذ المشاريع الموكلة اليه بأكمل وجه. ومن ابرز هذه المشاريع التي تمت ترســـيتها علـــى القطـــاع الخـــاص : مشروع المنطقة الحرة في الكويت، حيث قامت الحكومـــة الكويتية بمنح الشركة الوطنية العقارية، حق تأهيل وبنـــاء اول منطقـــة حرة في ميناء الشويخ، ولفترة امتياز بلغت ٢١عاما، وذلك بهدف تنشيط الوضعين التجاري والاستثماري في الكويت. وكذلك مشـــروع ســـوق شرق، وهو سوق تتوفر فيه كافة الانشطة التجارية والترفيهية. كمـــا ان ثمة عدة منتجعات تم منحها الى القطاع الخاص خلال الاعوام الماضية، الى جانب المجمعات التجارية المنتشرة في مناطق عدة داخل الكويت.

وقد استطاع القيمون على مشروع المنطقة التجارية الحرة فـــي الكويت، تحقيق العديد من الانجازات، سواء تلك المتعلقة بالبنية التحتية، واقامة الارصفة والممرات، وكذلك المخازن والاسواق والبرادات، الـــى جانب اقامة فنادق داخل المنطقة. ولكنه، رغم كل هذه الانشاءات التـــي قارب اجمالي تكاليفها عشرين مليون دينار كويتي،برزت صعوبات جمة في التعامل مع الجهات الحكومية، كما برزت صعوبات تتعلق بتعدد هذه الجهات، وتضارب الصلاحيات فيما بينها .

والى جانب مشروع المنطقة الحرة، جرى تلزيم مشروع مرافق مطار الكويت الدولي، حيث قامت شركة المشاريع المتحدة بتطويـــره. وقد حقق هذا المشروع نجاحا كبيرا، واعاد الى مطار الكويت الدولـــي

مظهره الحضاري، وخصوصا ان المطار هو الواجهة لاي بلد، لانه البداية الاولى ، للقادمين اليه ، مما يعكس لدى القادم، مدى تقدم هذا البعد وحضارته [1] .

٣ - في مصر

بناء على القانون المصري رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ اصدر مجلس الوزراء المصري القرارات ذات الارقام ١ و ٢و ٣ لسنة ١٩٩٨ منح بموجبها امتياز انشاء وتشغيل واعادة مطار مرسي علم ومطار العلمين ومطار رأس سدد وفق نظام ال BOT . وتمّ في ١٩٩٨/٢/٨ عقود امتياز مع ثلاث شركات مساهمة مصرية اسست خصيصا لهذا الغرض.

ثم اصدر مجلس الوزراء المصري قراره رقم ٤ لسنة ١٩٩٨ بمنح التزام انشاء وتشغيل وصيانة واعادة محطة سيدي كرير البخارية لتوليد الكهرباء بنظام ال BOT، لشركة انترجين سيدي كرر لتوليد الكهرباء.

ومن اهم المشاريع التي جرى انشاؤها وتنفيذها على اساس نظام ال BOT ما يأتي: توسعات بمطار الغردقة، صالة سفر، وانشاء مطار الفرافرة، وانشاء مطار الواحات البحرية، ومطار شرق العوينات،

---

[1] – عمر رحيم وطارق المسفر، ماذا يعني ال BOT ؟ وما هو موقعه من النظام الاقتصادي الجديد ؟ هل سحبت ال BOT البساط الاقتصادي من تحت اقدام الحكومات ؟ مقال .

HttP : // w w w. mosgcc .. com/topies / curent/ print. Php ? ID = 839 & issue.

ومشروع انشاء رصيف بترول بالاسكندرية، ومشروع انشـــاء مينـــاء الدخيلة (ميدكاب)، ومحطة تداول حاويات بميناء شـــرق بـــور ســـعيد، وانشاء رصيف ومجمع بترولي بميناء دمياط، وانشاء محطـــة تـــداول حاويات بميناء شمال العين السخنة، وتطوير ميناء العين السخنة، وانشاء شركات حاويات شرق التفريعة وزيادة اطوال الرصيف، وتطوير ميناء الاسكندرية، ومحطة الطاقة الشمسية بالكريمات - غاز طبيعي، ومحطة شرق التفريعة، وانشاء خط سكك حديد الاسماعيلية - رفح، وانشاء خط سكك حديد سيناء - السلوم، وخط سكة حديد السلوم، وادي النطـــرون، وغيرها [1].

ثانيا : اشكال عقود ال BOT

لا يجري تنظيم عقود ال BOT تحت شكل واحد، وانمـــا تتعـــدد صورها بحسب غايات ومقاصد المتعاقدين وتكون على الاشكال الآتية :

الشكل الاول : البناء والتملك والتشغيل BOT

وهو الشكل التقليدي، الذي بموجبه تقوم شركة المشروع ببنـــاء المشروع وتشغيله، ولكنها تلتزم بتحويل ملكيته الى الحكومة بعد انتـــهاء المدة المتفق عليها.

---

[1] - مركز معلومات مجلس الوزراء، منشور بمجلة الاهرام الاقتصـــادي، عـــدد ١٧١٥، تاريخ ٢٠٠١/١١/١٩، ص ٣٤

الشكل الثاني : البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية BOOT

في هذا الشكل تقوم شركة المشروع ببنـــاء المرفـق وتملكــه وادارته وتشغيله طول مدة العقد. ويختلف هذا الشكل عن شكل ال BOT في انه يتيح لشركة المشروع ملكيته مدة العقد. ويذهب البعض الى عدم التفرقة بين الشكلين، بينما يميز آخرون بينهما على اعتبار ان الفــــرق الاساسي يكمن في ملكية المشروع وقت انشائه وتشغيله، ففي حين تكون هذه الملكية لشركة المشروع في عقد ال BOOT ، ثم تقوم بنقلــها الـــى الدولة بعد انتهاء مدة الامتياز، فانها تكــون للدولـــة المتمثلـــة بالجهــة الادارية المختصة في عقد ال BOT، على اعتبار ان المشـــروع يبنـــى لحسابها [1] .

الشكل الثالث : البناء والايجار ونقل الملكيـــة (B.L.T) Build Lease Transfer

وفي هذا الشكل تقوم شركة المشروع ببناء المشروع وتملكه مدة العقد، ثم تؤجره الى الجهة الحكومية المختصة، التي تقوم، اما بتشـــغيله بنفسها، واما بتشغيله عن طريق آخرين.

---

[1] – محمد بهجت قايد، اقامة المشروعات الاستثمارية وفقا لنظام البناء والتشـــغيل ونقــل الملكية (نظام ال BOT) او البناء والتملك والتشغيل ونقـــل الملكيـــة (نظـــام ال BOOT) ، ص ٩

الشكل الرابع : الايجار والتجديد والتشغيل ونقل الملكية L.R.O.T Lease Renwal Operate Transfer.

في هذه الصورة تقوم شركة المشروع باستئجار مشروع قائم من الجهة الحكومية صاحبة العلاقة، ثم تجدده وتحدثه وتشغله خلال فترة العقد، ثم تعيد ملكيته الى الجهة الحكومية، بدون مقابل، بعدما تكون قد حدثته .

الشكل الخامس : البناء ونقل الملكية والتشغيل Build B.T.O. Transfer Operate

في هذه الصورة، تقوم الدولة ببناء المشروع بنفسها، متكفلة بتمويله، ثم تعهد بتشغيله الى القطاع الخاص. وهي صورة من صور ادارة المشاريع العامة، ومن اهم مجالاتها : الفنادق والمشاريع السياحية. وتعتبر هذه الصورة عقدا من عقود الخدمات، وهي تجمع بين عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، وعقود الخدمات والادارة والتأجير. وتقوم بمجملها على فكرة اساسية، وهي ان يتحمل القطاع الخاص، او شركة المشروع، عبء التمويل، سواء تعلق الامر بتجديد المرفق العام وتشغيله، او بانشائه وتشغيله، واعادة ملكيته الى الدولة.

وثمة اشكال اخرى لعقود ال BOT، يمكن وضعها في جدول يبين ترتيباتها المختلفة، وفقا لما يأتي :

جدول يبين الترتيبات المختلفة التي تندرج تحت عنـــوان مشــروع ال BOT

BOT	Build, Operate and Transfer.	البناء والتشغيل والنقل
BOT	Build, Own and Transfer.	البناء والامتلاك والنقل
BOO	Build, Own and Operate.	البناء والامتلاك والتشغيل
BOR	Build, Operate and Renewal of concession	البناء والتشـــغيل وتجديـد الامتياز
BOOT	Build, Own, Operate and Transfer.	البناء والامتلاك والتشـــغيل والنقل
BLT	Build, Lease and Transfer.	البناء والتأجير والنقل
BRT	Build, Rent and Transfer.	البناء والتأجير والنقل
BT	Build and Transfer	البناء والنقل
BTO	Build, Transfer and Operate	البناء والنقل والتشغيل
DBFO	Design,Build, Finance and Operate	التصميم والبناء والتمويـــل والتشغيل
DCMF	Design,Construct, Manage and Finance	التصميم والتشـــييد والادارة والتمويل
MOT	Modenize,Own/Operate and transfer	التحديث والامتلاك/ التشغيل والنقل

ROO	Rehabilitate,Own and Operate.	اعادة التـــأهيل والامتـــلاك والتشغيل
ROT	Rehabilitate, own and transfer	اعادة التـــأهيل والامتـــلاك والنقل

ان هذه الاشكال المختلفة من العقود، تصب في بوتقة واحـــدة، وان اختلفت الظروف المحيطة بالمشروع، سواء كانت متعلقة بالمشروع ذاته، او بسياسة الدولة، الاان ثمة هدفا مشتركا لجميـــع هـــذه العقـــود، وهـــو قيام القطاع الخاص بتولي مهام تمويل واستثمار املاك الدولـــة ذات الطبيعة الاقتصادية. ويعد عقد ال BOT هو الاكثر شيوعا بين هـــذه العقود من الناحية العملية.

ثالثا - التمييز بين عقد ال BOT وبعض العقود المشابهة

أ - التمييز بين عقد ال BOT وحق الانتفاع

ان حق الانتفاع هو بمقتضى المادة ٣٢ مـــن قـــانون الملكيـــة العقارية حق عيني باستعمال شيء يخص الغير، وبالتمتع به. ويســـقط هذا الحق حتما بموت المنتفع. ولا يجوز انشاء حق الانتفـــاع لصـــالح اشخاص معنويين.

ومن حقوق المنتفع : حق الاستعمال، أي استخدام العقار لمنفعته الذاتية، او لمصلحته الشخصية، وله الحق بغلة العقار، ومن هذه الغلة : حاصلات المناجم المستورة والمكشوفة والمقالع. وله ان يتفرغ عن حقه مجانا او ببدل، ما لم يتضمن صك انشاء حق الانتفاع احكاما مخالفة.

ويتوجب على المنتفع ان يتمتع بالعقار كمالك معتن ومجتهد، وان يتبع في استعمال العقار والتمتع به، عوائد اصحاب العقار السابقين. ولا سيما فيما يتعلق بالغاية المعدة لها الابنية، وبطريقة زراعة الاراضي واستثمار الاحراج والمقالع.

ويسقط حق الانتفاع بانتهاء اجله، او بموت المنتفع، او بتلف الشيء تلفا تاما، او بعدول المنتفع عنه، او باسقاطه منه بسبب سوء الاستعمال، او بالتوحيد، ان بجمع صفتي المنتفع والمالك في شخص واحد (م ٥٠ من قانون الملكية العقارية).

يتشبه عقد ال BOT بحق الانتفاع، في ان كلا منهما يعقد لمدة محددة، وبانتهائها تعود ملكية المال موضوع عقد ال BOT الى الحكومة، كما يعود حق الانتفاع الى مالك رقبة العقار المنتفع به. كما يتشابهان في ان كلا من المنتفع وشركة المشروع يستفيدان من استثمار المال موضوع العقد او حق الانتفاع، خلال المدة.

ولكنهما يختلفان في امور كثيرة من اهمها :

١ - لجهة الملكية :

تكون ملكية رقبة المال موضوع الانتفاع للمنتفع منه في اثناء مدة العقد، ولا يستفيد المنتفع سوى من حق الانتفاع بالمال موضوع العقد. بينما في عقد ال BOT، وعلى الأقل في بعض صوره، تكون ملكية المال موضوع العقد لشركة المشروع، قبل نقلها الى الجهة الحكومة صاحبة العلاقة عند انتهاء مدة العقد.

٢ - لجهة انشاء المال :

في عقد ال BOT ينشئ الملتزم (شركة المشروع) المرفق العام موضوع العقد ويمتلكه ويديره، قبل ان ينقل ملكيته عند انتهاء المدة الى الدولة او الادارة صاحبة العلاقة، في حالة صالحة لاستمرار تشغيله.

اما المنتفع فلا ينشئ شيئا، بل يتسلم المال موضوع الانتفاع وينتفع به، خلال مدة حق الانتفاع، ثم يعيده الى مالك الرقبة بعد انتهاء هذه المدة.

غير ان الامر يدق عندما يلتزم المنتفع بتقديم شيء او القيام بعمل معين مقابل استفادته من حق الانتفاع. ومع ذلك فثمة فرق اساسي، وهو ان الملتزم في عقد ال BOT يلتزم بانشاء المرفق، بينما لا يلتزم المنتفع بانشاء المال موضوع الانتفاع، وان ترتب عليه تكاليف مقابل حق الانتفاع.

٣ - لجهة فريقي العقد

غالبا ما يكون المال موضوع حق الانتفاع مملوكا من شخص طبيعي او معنوي خاص بينما غالبا ما يكون المال موضوع عقد ال BOT مملوكا من الدولة او من المؤسسات العامة. ولكنه قد يكون المال موضوع حق الانتفاع مملوكا من الدولة احيانا.

٤ - لجهة شخصية المنتفع او شركة المشروع

يجب ان يكون حق الانتفاع لمصلحة شخص طبيعي، اذ لا يجوز انشاؤه لصالح اشخاص معنويين بينما تكون شركة المشـــروع شـــخصا معنويا في معظم الاحيان.

ب - التمييز بين عقد ال BOT وعقد الاشغال العامة

يتشبه عقد ال BOT بعقد الاشغال العامة في ان كـــلا العقديــن يجري تنفيذه لمصلحة الحكومة او الجهة الادارية المعنية مقـــابل بـــدل معين يتم الاتفاق عليه. ولكن العقدين يختلفان في مسائل متعددة. ففـــي عقد الاشغال العامة يقوم المقاول بانشاء المشروع، ويسلمه بعد انجـــازه الى الجهة الادارية لكي تديره بمعرفتها، كما هو الامـــر فـــي انشـــاء الطرقات العامة والابنية والجسور والسدود والمستشـــفيات والمـــدارس وسواها. فعقد الاشغال العامة هو اتفاق بين الادارة وأحد المقاولين الذي قد يكون شخصا طبيعيا او معنويا، بقصد القيام بعمل او مشروع عـــام لحساب شخص معنوي عام، بقصد تحقيق منفعة مقابل بدل معين، مـــن دون ان يقوم المقاول بتقديم خدمات الى الجمهور في مدة معينـــة، بـــل يقتصر التزامه على القيام بانشاء المشروع او صيانته او ترميمـــه ثـــم تنتهي مهمته بتنفيذ التزامه في عقد المقاولة المبرم معه.

اما في عقد ال BOT فالوضع مختلف، حيـــث ينـــشئ الملـــتزم المرفق العام ويمتلكه ويديره، ويتقاضى اجره مباشرة من الجمهور الـــى ان تنتهي مدة الالتزام حيث، عندئذ، ينقل ملكية المشروع الى الدولة، في حالة صالحة لاستمرار تشغيله.

ج - التمييز بين عقد ال BOT وعقد الايجار التمويلي

ان عقد التأجير التمويلي هو من العقود الحديثة التي تعتمد على تداخل العديد من العلاقات القانونية والتعاون الايجابي بين عدد من الاطراف، هو اكثر من طرفي العقد التقليدي. حيث يتضمن هذا العقد، في مراحله المختلفة، تطبيقا لبعض العقود التقليدية، ومنها : عقد بيع وعقد وعد بالبيع، وعقد وكالة، وعقد ايجار، فضلا عن خيارات ثلاثة معطاة للمستأجر عند نهاية مدة العقد، وهي : اما اعادة العتاد المستأجر الى المؤجر، او تجديد استئجاره لمدة جديدة، او شراؤه بثمن مخفض.

ويتشبه عقد ال BOT بعقد الايجار التمويلي في ما يأتي :

١ - ان كلا من العقدين هو وسيلة من وسائل تمويل المشاريع.

٢ - ان كلا من المقاول والمستأجر يمكنه ان يتملك المشروع. ولكن المقاول او الملتزم ينشئ المرفق ويمتلكه، في اثناء تنفيذ العقد، اما المستأجر فيخير في نهاية العقد بين ان يشتري الآلات والمعدات والعقارات في الحالة التي وصلت اليها، او ان يعيدها الى المؤجر.

٣ - ان كلا من المقاول والمستأجر يتولى ادارة المشروع واستثماره في اثناء تنفيذ العقد.

٤ - ان كلا من المقاول والمستأجر يستثمر المشروع لمصلحته الخاصة في اثناء تنفيذ العقد، فالمقاول يستثمره عن طريق امتياز ممنوح له من الادارة يخوله استيفاء رسوم من الجمهور لمصلحته الخاصة، والمستأجر يتعاطى مع الجمهور مباشرة ويتعاقد معه.

ولكن العقدين يختلفان في ما يأتي :

١ - يتضمن عقد الايجار التمويلي مزيجا مركبا من عدة عقود اهمها : عقد الايجار، وعقد الوكالة، وعقد وعد بالبيع وعقد بيع. بينما لا يتضمن عقد ال BOT هذا المزيج المركب من العقود.

٢ - يخير المستأجر في نهاية مدة العقد اما بشراء الآلات والمعدات والعقارات او باعادتها الى المؤجر. بينما لا خيار للمقاول او الملتزم، بل هو يتملك المشروع في اثناء مدة العقد، ثم يلتزم في نهاية مدة العقد باعادة تمليكه الى الادارة المختصة.

٣ -غالبا ما يجري تنفيذ عقد ال BOT لمصلحة الادارة العامة. ويتناول مرفقا عاما. وغالبا ما يجري تنفيذ عقد الايجار التمويلي لمصلحة اطراف من القطاع الخاص، ولا يتناول مرفقا عاما. غير ان هذا الامر ليس جازما، فقد يجري عقد ايجار تمويلي لمصلحة الادارة.

د - التمييز بين عقد ال BOT وعقد الخصخصة

يعتبر عقد الخصخصة عقدا اداريا تبرمه الادارة كطرف اول مع طرف آخر من القطاع الخاص كطرف ثان. وبمقتضى هذا العقد يتصرف الطرف الأول في بيع مشروع مملوك للدولة بنقل ملكيته الى الطرف الثاني كليا او جزئيا. ومن آثار هذا العقد اعتبار الطرف الثاني مساهما في رأس المال وشريكا في ادارة الشركة بنسبة ما يملكه، اما في حالة نقل ملكية المشروع كليا الى الطرف الثاني، فتنقطع صلة الادارة نهائيا بالمشروع.

ويتشبه عقد ال BOT بعقد الخصخصة في ما يأتي :

١ - يتناول كلا العقدين اموالا عامة تملكها الدولة

٢ - يجري تمليك الاموال العامة، في كلا العقدين للقطاع الخاص

ولكن العقدين يختلفان في المسائل الآتية :

١ - ينصب عقد BOT على تسيير مرفق عـــام لمـــدة محـــددة بواسطة الملتزم، مع احتفاظ الدولة بحق السيطرة عليه من خلال وضـــع شروط وقواعد تتصل بانشائه وتشغيله، فضلا عن الحق فـــي الرقابـــة والاشـــراف على المشروع حتى اعادة ملكيته اليها فـــي نهايـــة مـــدة الامتياز. اما في عقد الخصخصة فقد تنتقل ملكية المشروع نهائيا الــــى القطاع الخاص وتنقطع صلة الدولة به، ولا يحق لها بعدئـــــذ مراقبتـــه والاشراف عليه.

٢ - في عقد ال BOT لا بـــــد مـــن اســـتعادة الدولـــة لملكيـــة المشـــروع عند انتهاء مدة العقد، بينما في عقد الخصخصة تنتقل ملكيـــة المشروع الى القطاع الخاص وتنقطع علاقة الدولة به.

هـــ - التمييز بين عقد ال BOT وعقد المفتاح في اليد

" المفتاح في اليد " عقد موضوعه الاساسي الاستثمار الصناعي. وقد يشمل استثمارات اخـــرى، يـــبرم بيـــن طرفيـــن : المســـتثمر) l'investisseur) والمتعهد (l'entrepreneur) ، بحيـــث ينـــوي المســـتثمر القيـــام بمشروع معين، ويكلف المتعهد، لقاء اجرة معينة، القيام بجميـــع الاعمال التي تؤدي الى انجاز هذا المشروع بصورة كاملـــة وجـــاهزة

للعمل حالا، وذلك عن طريق تسليم المستثمر مفتاح المشروع، وتسليم المفتاح هذا يعني ان جميع المعاملات اللازمة لاتمام المشروع قد تمت فعلا، وانه بامكان المستثمر ان يبدأ استعماله في الغاية التي وجد من اجلها .

يتشابه العقدان في الامور الآتية :

١ - يتشابه العقدان في ان كلا من المتعهد في عقد المفتاح في اليد وشركة المشروع في عقد ال BOT، يتعهد بانجاز مشروع متكامل جاهز للاستعمال مقابل اجر معين، يتفق عليه في العقد.

٢ - كما يتشابهان في الالتزامات من الباطن، التي يبرمها كل من الملتزم في العقدين، مع جهة اخرى متخصصة للقيام باعمال محددة، كاعمال الهندسة والكهرباء ودراسات الجدوى، وتشييد الابنية اللازمة وسواها. وذلك نظرا لاتساع المشروع وضخامته، وتعدد اقسامه والصعوبة لدى المتعهد الاساسي في تنفيذ جميع الاعمال المادية والفنية التي يستلزمها تنفيذ المشروع.

ومما لا شك فيه ان عقود ال BOT كعقود المفتاح في اليد، تضم سلسلة متشابكة من العلاقات التعاقدية. فهي صورة من صور عقود الاشغال الدولية، التي تتسم بمجموعة من العلاقات المرتبطة والمتشابكة بين جهة الادارة مانحة الالتزام، وشركة المشروع، والمقاولين من الباطن، والموردين، وجهات التمويل، وشركات الضمان المحلية والاجنبية، وما ينشأ عن كل هذه العلاقات من عقود مختلفة.

٣ – ويتشابهان ايضا في مسؤولية المتعهد عن تنفيذ اعمال المشروع تجاه الطرف الآخر، سواء تمت بواسطته مباشرة، او بواسطة المتعهدين الثانونيين الذين يقومون بتنفيذ اجزاء المشروع.

٤ – ويتشابه العقدان في الالتزام بنقل التكنولوجيا، أي نقل المعلومات الفنية التي تستعمل في التطبيق وتقديم الخدمات، كالمعلومات الفنية اللازمة لتركيب او تشغيل الاجهزة والآلات، وسائر المعارف المطبقة، والطرق والمعطيات الضرورية اللازمة للاستعمال الفعلي، ووضعه موضع التنفيذ.

وقد يتم عقد ال BOT ، ولا سيما في عقود المقاولة، على شكل عقد " المفتاح في اليد "، وعندئذ، تترتب المسؤولية كاملة على المقاول، عن المشروع، منذ بدايته، بما فيها اعداد التصاميم اللازمة للمشروع، واية عيوب قد تشوب التصميم، والتوريدات اللازمة لعملية التشييد والبناء، ونقل التكنولوجيا، وعيوب التنفيذ، واخطاء المقاولين من الباطن، التي يسأل عنها المقاول الرئيسي، والتأخير في التنفيذ، مما يعني القاء تبعة المخاطر المرتبطة بتشييد المشروع بشكل كلي، على عاتق المقاول.

فالغاية من اتمام عقد ال BOT على شكل عقد المفتاح في اليد، او عقد تسليم المفتاح، هي تفادي العيوب والمخاطر التي قد تقع على الجهة الادارية المانحة، ونقل عبء تحمل هذه العيوب والمخاطر الى الملتزم في جميع مراحل العقد.

ولكن العقدين يختلفان في المسائل الآتية :

١ – في عقد ال BOT يتملك المتعهد او شركة المشروع هذا المشـــروع لمدة معينة، ثم يقوم بعد نهايتها بنقل ملكيته الى الدولة او الجهة الادارية صاحبة العلاقة، بينما في عقد المفتاح في اليد يظــل المشـــروع ملكــا لصاحبه، الذي يتعاقد مع المتعهد على انجازه لمصلحة المستثمر.

٢ – في عقد ال BOT غالبا ما تكون الجهة المتعاقدة مـــع المتعـــهد او شركة المشروع، هي جهة ادارية تابعة للدولة او الحكومة. بينمـــا فـــي عقد المفتاح في اليد غالبا ما تكون الجهة المتعاقدة مع شركة المشـــروع من جهات القطاع الخاص.

ومع ذلك فقد تنقلب الآية، عندما يجري تنفيذ مشروع المفتاح في اليد لمصلحة الدولة او جهاتها الادارية. فثمة بلدان تكون الدولة فيها هي المستثمرة مباشرة، وتتمثل بوزيرها المختـــــص او بـــاحدى وكالاتـــها المتخصصة، او شركة من شركات القطاع العام، كما قد يكون المستثمر شركة من شركات القطاع الخاص، تحوز فيها الدولة اكثرية الاسهم.

٣ – في عقد ال BOT غالبا ما يكون المشروع موضوع الالتزام، مرفقا من المرافق العامة، اما في عقد المفتاح في اليد، فغالبا ما يدور مشروع الالتزام في نطاق الاعمال الصناعية التي تعود للقطاع الخاص.

ولكن قد يكون موضوع الالتزام في عقد المفتاح في اليد مرفقـــا عاما.

٤ – في عقد ال BOT يتقاضى المتعهد اجوره عن طريق الرسوم التـــي تسمح له الدولة بتحصيلها من الجمهور الذي يســـتعمل المرفــق العــام

موضوع العقد، كالسير على الاوتوستر ادات مثلا : بينما في عقد المفتاح في اليد يتقاضى المتعهد اجوره من صاحب المشروع.

٥ - ينتهي عقد المفتاح في اليد باكمال المشروع وتسليمه جاهزا للاستعمال الى المستثمر، بينما في عقد ال BOT يكون العقد لمدة طويلة، قد تصل الى تسعة وتسعين سنة، يكون المتعهد في اثنائها مالكا للمشروع، ويتقاضى رسوما من مستعملي المرفق العام.

٦ - في عقد ال BOT يتولى المتعهد ادارة المشروع وتشغيله خلال مدة العقد الطويلة. بينما في المفتاح في اليد تنتقل ادارة المشروع فور انجازه الى المستثمر، وان كان المتعهد يلتزم بعد انجاز المشروع بتقديم المساعدة الفنية لتمكين كوادر صاحب العمل من استيعاب التكنولوجيا وتشغيلها، وتدريب العمال وتأهيلهم .

و - التمييز بين عقد ال BOT والعقد المركب

يتضمن العقد المركب اجتماع عدة عقود في عقد واحد لكل منها عناصره وآثاره المستقلة، كعقد النزيل في الفندق الذي يشمل السكن والطعام والخدمات المختلفة كاستعمال الهاتف وغسل الملابس وكيها وتلميع الحذاء وسواها. أي ان هذا العقد يتضمن في آن واحد عقد ايجار عين وعقد عمل وعقد بيع، حيث يمكن للنزيل في الفندق الحصول عليها كلها او بعضها، من دون ان تتأثر العقود ببعضها.

ويتشبه عقد ال BOT بهذه العقود في انه بطبيعته مركب من عدة عقود ايضا، ومن اهمها : عقد التشغيل وعقد الادارة، وعقد نقل الملكية.

ومع ذلك فثمة فرق بين عقد ال BOT والعقد المركـــب فـــي أن الاول بالرغم من تعدد العقود ، فان هذه العقود تستهدف غاية واحدة وتشـــكل عناصر في عقد ال BOT لا يمكن فصل أي عنصر منها عن الآخـــر، والا ادى، انفصالها الى انتفاء المقصود من عقد الامتياز. بينما العقـــود المركبة الاخرى، يمكن فصل واحدها عن الآخر بدون ان تؤثـــر فـــي بعضها البعض.

رابعا - الطبيعة القانونية لعقود BOT

مما لا شك فيه ان عقد ال BOT خرج في منطلقاته الاساسية من عقد التزام المرافق العامة. ولكن شيوع تطبيق هذا العقد وانتشاره ابتداء من الربع الاخير من القرن العشرين لفت النظر الى محاولـــة تحديـد طبيعته القانونية. وبالفعل فقد تناول الفقه الطبيعة القانونية لهذا العقـــد، وانقسم حولها الى النظريات الآتية :

أ - النظرية الاولى : عقد ال BOT هو تنظيم وليس عقدا

يرى البعض ان ال BOT ليس عقدا او اتفاقا بين ملـــتزم وادارة عامة، بل هو تنظيم اقتصادي يستلزم تنفيذه ابرام العديد من الاتفاقـــات المتعددة والمتشابكة بين اطراف مختلفة [1]، وحتى ان مصالح الاطراف تتعارض فيما بينها. وبالرغم من ذلك تقدم الادارة على هـــذا التنظيـم تسهيلا لسير المرافق العامة.

---

[1] - هاني سر الدين، الاطار القانوني لمشـــروعات البنيـــة الاساسـية، مجلـــة القـــانون والاقتصاد، ١٩٩٩، عدد ٦٩، ص ٥

غير انه يرد على هذا الرأي الذي ينكر الطبيعة الاتفاقية لهذا العقد، بان الاتفاقات الفرعية التي يتضمنها، انما ترتبط في وجودها بالعقد الرئيسي بين الادارة، وشركة المشروع. اما العقود الاخرى التي تبرم تنفيذا لهذا العقد، والتي قد تكون عقود التزام او عقود اشغال، او عقود توريد، او عقودا تتعلق بالتمويل او عقودا ادارية او مدنية بحسب الاحوال، فلا تؤثر على طبيعة عقد ال BOT [1] ، ولذلك لا يمكن القبول بهذه النظرية.

ب - النظرية الثانية : هو عقد التزام مرافق عامة

يذهب البعض الى اعتبار عقد BOT عقد التزام مرافق عامة، وهو عقد اداري بطبيعته متى كانت الادارة طرفا فيه واتصل بنشاط مرفق عام.

واذا كانت الصورة التقليدية لعقد الالتزام هي اعتباره اسلوبا لادارة المرافق العامة، اذ ترى الدولة، لاسباب كثيرة، ان تتخلى عن ادارة مرفق من مرافقها وتعهد به الى ملتزم، فذلك لا يمنع من ان يقوم الملتزم، بادئ الامر، بانشاء المرفق، ثم تشغيله مدة من الزمن يتفق عليها في العقد، ثم اعادة نقل ملكيته الى الادارة صاحبة العلاقة [2] .

---

[1] - جابر جاد نصار، عقود البوت والتطور الحديث لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، ص ٤٩

[2] - Lalive, les contrats entre Etat et entreprises privées étrangères, Rapport unidroit, Rome, sept 1976, p 185;

محمود محمد مهمي، عقود البوت وتكييفها القانوني، ص ٤ عبد الرحيم محمد سعيد،

وقد تبنى بعض القضاء هذه النظرية، فقضت محكمة القضاء الاداري في مصر بان عقد التزام المرافق العامة ليس الا عقدا اداريا، يتعهد بمقتضاه احد الافراد او الشركات بالقيام على نفقته وتحت مسؤوليته المالية، بتكليف من الدولة، او احدى وحداتها الادارية، وطبقا للشروط التي توضع له، باداء خدمة عامة الى الجمهور، وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن، واستيلائه على الارباح. فالالتزام عقد اداري ذو طبيعة خاصة، وموضوعه ادارة مرفق عام، ولا يكون الا لمدة محدودة، ويتحمل الملتزم نفقات المشروع واخطاره المالية، ويتقاضى عوضا على شكل رسوم يحصلها من المنتفعين [1] .

ولكنه بالرغم من ان عقد ال BOT ينطلق من صلب عقد التزام المرافق العامة، فهو يختلف عنه في نقاط جوهرية اتينا على ذكرها سابقا. مما يدفع الى القول بان عقد ال BOT ليس عقد التزام مرافق عامة بصورته التقليدية الاساسية، وان كان يشكل وجها متطورا منه تسهيلا لتسيير ادارة مرفق عام، واقتصادا في النفقات العامة، وتحسينا في الانتاج وحسن الادارة.

النظام القانوني لعقود البترول، رسالة دكتوراه في الحقوق، القاهرة، ص ٢٠٣؛ حسن مصطفى فتحي، الجوانب القانونية الاساسية في نظام البوت، بحث مقدم الى مركز التحكيم بكلية الحقوق، جامعة عين شمس، تشرين الثاني ٢٠٠٠، ص ٥ ؛ جابر جاد نصار، م.س.، ص ٥٣

[1] – محكمة القضاء الاداري ١٩٥٦/٣/٢٥ ،مجموعة المبادئ القانونية، السنة ١٠، ص ٢٥٩

ج- النظرية الثالثة : هو عقد من عقود الادارة العادية

يرى البعض ان عقد ال BOT هو من عقود الادارة العادية، التي تخضع لقواعد القانون الخاص، وذلك لان هذا العقد لا يتضمن شروطا استثنائية. فمتطلبات التجارة الدولية تفرض على الدولة ان تتعاقد مع غيرها كسائر الاشخاص العاديين بدون ان تمارس سلطتها وتميزها الاداري في العقد. ويترتب على ذلك ان العقود التي تبرمها الدولة لانشاء المرافق العامة عن طريق ال BOT هي عقود تتعاقد فيها الادارة وفقا لاحكام القانون الخاص، بدون ان تتمكن من ان تضمن العقد شروطا استثنائية. فاذا كانت الدولة تستطيع ان تضمن عقودها الداخلية شروطا استثنائية وفقا لاحكام القانون العام، فلا يمكنها تطبيق هذه الشروط على الاطراف الاجانب في العقد، على اعتبار ان سيادة الدولة محددة داخل اقليمها الجغرافي، ولا تتعداه الى الاقاليم الجغرافية للدول الاخرى. ومن ثم ترى من الواجب عليها، ومن ضمن امكاناتها ان تقف موقف المساواة مع من تتعاقد معه اذا كان تابعا لدولة اجنبية [1].

ولكنه في الحقيقة، وبالرغم من ان الادارة تتمتع بشروط استثنائية في العقد الاداري، فذلك يعود الى ارتباط العقد بنشاط المرفق العام، ولا يعني تمييزا للادارة على من تتعاقد معه، بل ان العقد الاداري قد يضمن للمتعاقد حقوقا اكثر مما يضمنها له العقد العادي. كما ان هذا

---

1 - Boulanger, les contrats entre Etats et entreprises étrangères, éd. Economica, 1985, p 229.

العقد قد يتضمن تقييدا لحرية الادارة في اختيار المتعاقد معها باساليب معينة، وهو ما يطلق عليه عبارة :

Restriction de la liberté contractuelle .

د - النظرية الرابعة : هو عقد ذو طبيعة خاصة

والحقيقة هي انه اذا كان عقد ال BOT يتضمن بطبيعته احكاما وقواعد تقترب من عقود الادارة العادية، ومن عقود الاشغال العامة، كما هو تنظيم اقتصادي يستهدف تمويل مشاريع البنية التحتية، بوجه عام، غير انه يظل محتفظا بطبيعته القانونية الخاصة التي تميزه عما عداه من عقود، كما رأينا لدى تمييزه عن العقود المشابهة له.

يرى البعض ان ثمة فرقا بين مفهوم طبيعة العقد الاداري بين فرنسا ومصر، وان عقد ال BOT في فرنسا يمكن ان يكون عقد التزام اداري يخضع لقواعد القانون الاداري. اما في مصر فهذا العقد يعتبر عقدا مدنيا يخضع لقواعد القانون المدني وليس لقواعد القانون الاداري. ومرد ذلك يعود الى اختلاف المعيار المميز للعقد الاداري في القضاء الاداري المصري عنه في فرنسا. ففي حين يشترط القضاء الاداري في مصر توافر معايير ثلاثة مجتمعة لوصف العقد الاداري وهي ان تكون الادارة طرفا فيه، وان يتضمن شروطا غير مألوفة، وان يتصل بنشاط مرفق عام، فان مجلس الدولة الفرنسي يكتفي بتوافر احد هذه العناصر فقط، لاسباغ الصفة الادارية على العقد الاداري، وبما ان عقود ال

BOT لا تتضمن شروطا استثنائية، فيكون العقـــد مدنيـــا فـــي مصـــر واداريـــا في فرنسا [1] .

غير ان هذا الرأي تعرض للنقد، لان القول بان عقـــود ال BOT هي عقود مدنية في مصر نظرا لعدم احتوائها على شروط اســـتثنائية، ومن ثم يتخلف بشأنه احد العناصر المميزة للعقد الاداري، مردود بـــان عقد التزام المرافق العامة هو عقد اداري، أي انه عقد اداري، بمجـــرد ان تكون الادارة طرفا فيه، وان يتصل بنشاط مرفق عام، لانه عندمـــا تعهد الادارة الى شخص طبيعي او معنوي بادارة مرفق عام وتشـــغيله، وبحجة اولى انشائه، يعتبر هذا العمل امرا استثنائيا تثبت به للعقد صفته الادارية [2] .

---

١ - Abdel Bakri, Sami, les projets internationaux de construction melés selon la formule BOT Thèse, 2000, Paris, pp. 262-266.

٢ - جابر جاد نصار، م.س.، ص ٥٢،
Jean Michel de Forges, droit administratif, 5e éd. Puf.., 1994, p.70.

الفصل الثانـــي

أهمية عقــود ال BOT

اولا - ميزات ومساوئ نظام ال BOT

فرض نظام ال BOT نفسه على الواقع الاقتصادي في العديد من البلدان، واصبح موردا جديدا للحكومات، سواء لجهة ما تحصلــه هــذه الحكومات من ضرائب على الشركات صاحبــــة الامتيــاز، او لجهـــة العائدات الاخرى المتمثلة باضافة جديد الى البنية التحتية للبلاد، او لجهة الابتكار، وتجنب الهدر، وتخفيض التكاليف، وزيادة الكفاءة في التشغيل، فضلا عن الحصول على مشروع جاهز في نهاية مدة الامتياز، من دون تحميل الموازنة العامة أية اعباء .

كما تسهم عمليات ال BOT في نقل ادوات التكنولوجيا الحديثـــة، خاصة في حالة قيام القطاع الخاص بالحصول على مشاريع من خـــارج نطاق حدوده الجغرافية، حيث يتم نقل المعدات والآلات، وكذلـك ادوات التدريب والتأهيل. ومن ثم فان مشاريع ال BOT تعتبر عاملا هاما فــي نقل التكنولوجيا الحديثة، وتدريب الكوادر المحلية.

وقد يعتبر تنفيـــذ مشـــاريع ال BOT احـــدى وســـائل عمليـــة الخصخصة الا انها تمتاز في حسناتها على نظام الخصخصـــــة، لانـــها تحافظ على ملكية الدولة لاموالها، مع ضمان التطوير والتحديث. وقـــد تساهم هذه المشاريع في احتدام المنافسة مع الهيئات الحكومية القائمـــة،

سواء من حيث كلفة الوحدات المباعة، او اسلوب التفاعل، وكذلك جودة المنتج النهائي.

ولكنه بالرغم من المزايا المشار اليها، وسواها من المزايا، التي يوفرها نظام ال BOT، الا ان التجربة العملية اظهرت عدة عيوب، يقتضي الاشارة اليها،واخذها بالاعتبار مع بداية طرح مشاريع الBOT على القطاع الخاص، ومن ابرز هذه العيوب : الصعوبات المتأتية عن ان ادارة مراحل المشروع تتطلب تنسيقا بين الجهات الحكومة المختلفة التي تتداخل في صلاحياتها ومهماتها، ولا سيما عندما يستدعي الامر التعامل بالوقت نفسه، مع عدة وزارات وادارات، كوزارة التجارة والصناعة، ووزارة الداخلية، والمالية والاتصالات، وادارة الجمارك، والموارد المائية والكهربائية، والادارة التي تهتم باملاك الدولة، وسواها. ولكل من هذه الجهات الحكومية اسلوبها وتنظيمها، في التعامل مع المشروع، بشكل قد يكون على الأقل، غير متناسق.

وثمة مشكلة عادة ما تواجه الدول ذات المداخيل المحدودة، عندما تسعى الى طرح مشاريعها على شركات ومؤسسات أجنبية خارجية، فتقوم هذه المؤسسات بتحويل اموالها بالعملة الصعبة الى الخارج.

وثمة سلبيات تظهر في مرحلة التشغيل، منها عدم اخذ اسعار الظل في الاعتبار، وفي مرحلة التقويم ودراسة الجدوى الاولية. كما قد

تبدو صعوبات في اختيار المقاول لجهة مؤهلاته وخبرته في الاعتمـــاد عليه.

والنتيجة هي ان نظام ال BOT ، كوسيلة مـــن وســائل تمويـــل المشاريع العامة، يرتدي اهمية كبرى تتجلى بالميزات التي يتمتع بــــها، ولكنه لا يخلو من محاذير.

نبحث فيما يأتي في ميزات هذا النظام ومحاذيره

أ - ميزات نظام ال BOT

١ - تخفيض العبء عن الموازنة العامة وتنشيط المشاريع المالية

بما ان نظام ال BOT يحمل القطاع الخاص مســـؤولية تمويـــل انشاء المرافق العامة وتشغيلها، فهو يجنب الموازنة العامة تخصيـــص اعتمادات لانشاء وتشغيل هذه المرافق. فتتفرغ الدولة، عندئذ، للمشاريع والمرافق العامة الاكثر اهمية.

وتتعاظم اهمية هذا النظام عندما تكون الشركات التـــي تتولـــى انشاء وتشغيل المرافق العامة اجنبية، حيث تقوم بادخـــال اســتثمارات جديدة وتمويل خارجي، وهذا ما يؤدي الى تحسين ميزان المدفوعـــات، وتخفيض العجز في الموازنة العامة، وتعزيـــز حصيلتـــها مـــن النقـــد الاجنبي. هذا فضلا عن ان هذا النظام من شأنه ان يغني الدولـــة عـــن اللجوء الى الاقتراض الخارجي وما قـــد يـــترتب عليـــه مـــن عجـــز واختلالات في الموازنة العامة، واعباء خدمة الديون، وتحميل عبئها الى الاجيال القادمة .

وبما ان الملتزم يتحمل وحده تكاليف انشاء المرفق العام ومصاريف ادارته وصيانته طول مدة العقد، فيلتزم بتدبير الموارد المالية الكافية للقيام بالتزاماته العقدية. والمدخل الى ذلك هو بورصة الاوراق المالية، سواء في سوق الاصدار او في سوق التداول. فاذا انشأ شركة جديدة تتولى القيام بالمشروع، اقتضى الامر ان يجري الاكتتاب باسهمها لكي يكتمل تأسيسها. اما اذا كان الملتزم شركة قائمة فعلا، وجرى التعاقد معها على طريقة ال BOT ، فهي تستطيع تدبير تمويلها ذاتيا عن طريق زيادة رأس مالها. وحينئذ، لا بد لها من انشاء اسهم جديدة يتم التداول بها في البورصة. وفي الحالتين، يؤدي الاكتتاب برأس مال الشركة الجديدة، او بزيادة رأس مال الشركة القائمة، الى تنشيط سوق الاصدار والتداول وعمليات البورصة، وما ينشأ عن ذلك من تحريك وجذب رأس المال المحلي والخارجي. وهذا ما ينعكس ايجابا على توفير السيولة، ويقلل من حاجة الدولة الى الاقتراض من الاسواق العالمية، ويجنبها الضغوط السياسية عليها، التي قد تنشأ عن حاجتها الى الاقتراض، وينقل عبء المخاطرة الى القطاع الخاص الذي يتحمل وحده تكاليف المشاريع وصيانتها، من دون تحميل الموازنة العامة اية اعباء.

٢ - ايجاد فرص عمل وتخفيض نسبة التضخم

تؤدي عقود ال BOT الى توسيع اقامة مشاريع ومرافق جديدة، وهذا ما ينتج عنه اتاحة المزيد من فرص العمل، وتشغيل الايدي العاملة المتخصصة والعادية. كما تؤدي الى ضخ اموال جديدة في السوق،

ولا سيما بالعملات الاجنبية، مما يحد من نسبة التضخم والبطالة، فضلا عما تؤدي اليه من خلق قاعدة صناعية وخدمية جديدة، كانشاء الطرق ومحطات الكهرباء والمياه والانفاق وغيرها من المشاريع والمرافق العامة المهمة.

وقد تحتاط الدولة لمسألة حماية الايدي العاملة المحلية، فتصدر تشريعات في هذا الاطار كما هو الامر في تشريع الشركات المصري، حيث تقضي المواد ١٧٤ - ١٧٦ من قانون الشركات المصري رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ بوجوب الا يقل عدد المصريين المشتغلين بهذه الشركات، مهما كانت نسبة مشاركة الاجانب في اسهمها، عن ٩٠% من مجموع العاملين بها، والا يقل ما يتقاضونه من اجور عن ٨٠% من اجور العاملين بها، والا يقل عدد العاملين الفنيين والاداريين المصريين عن ٧٥ % من مجموع الاجور والمرتبات للفئات المذكورة من العاملين بها. وبذلك يكون المشرع المصري قد استهدف تأمين تشغيل الايدي العاملة المصرية في شركات ال BOT للتخفيف من حدة البطالة، وإتاحة الفرص امام العمال المصريين لاكتساب خبرات متقدمة، وخلق كوادر في مختلف مجالات انشطة تلك الشركات، للنهوض باعباء ومسؤوليات العمل بها، عند انتهاء مدة العقد وانتقال ملكيتها الى الدولة [١] .

---

[١] - ابراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام BOT ، ط ٢٠٠٣، ص ٦٠

٣ - توسيع فرص التنمية الاقتصادية ونقل التكنولوجيا

توفر عقود ال BOT فرصا مناسبة لنقل التكنولوجيا الى الدول النامية. لانه من مصلحة القطاع الخاص الذي يكلف بانشاء المرافق العامة وتشغيلها ان يستخدم التكنولوجيا الحديثة في هذه العمليات، توسيعا لنشاطه وخبرته وسمعته على الصعيد الدولي، توصلا الى زيادة انتشاره وتفعيل خبرته وتطويرها، واكتساب نجاحات متواصلة ومتتابعة على الصعيد الدولي، ولا سيما في الدول النامية، التي تحتاج الى المزيد من التخصص والخبرة والتكنولوجيا في تنفيذ مشاريعها.

ومن المعلوم ان الادارة الخاصة هي اكثر فعالية وكفاءة من الادارة الحكومية. فاذا عهد اليها بانشاء مرافق عامة وتشغيلها ينتج عن ذلك تحسين اداء هذه المرافق، وتحصين وضع الحكومات امام المواطنين، مما يزيد من ثقة المواطن بدولته وادارتها وقدرتها على مواكبة التقدم العلمي والتكنولوجي، وهذا ما يعود بالخير والفائدة على المجتمع.

٤ - مؤشر الجدوى الاقتصادية

لا بد لتنفيذ مشاريع ال BOT من التمويل الذي يتوجب على المستثمر ان يؤمنه. ومن اجل ذلك غالبا ما يلجأ الى مؤسسات التمويل لتمده بالاموال اللازمة. وهذه المؤسسات لا ترضى بتمويله ما لم تكن دراسة الجدوى قد اظهرت قدرته على الايفاء. ولا بد للمؤسسة الممولة من تحليل دراسة الجدوى ومراقبتها، ومن الاطلاع فعليا على قدرة المستثمر. مما يعني ان قبولها بتمويله، يؤكد اهمية المشروع

وانتاجيته، وبالتالي تتأكد الحكومة من سيرها على الطريق الصحيح في مشروعها المزمع التعاقد عليه وتنفيذه.

٥ - توجيه المشروع لخدمة الصالح العام

بما ان مشروع ال BOT يبقى من الناحية الاستراتيجية تحت مراقبة الحكومة، التي من حقها مواكبته منذ البدء بتنفيذه، وخلال مدة تشغيله وصيانته، حتى يأتي ثماره في مصلحتها، ولا سيما عند انتهاء مدته ونقل ملكيته اليها.

وطالما ان الامر كذلك، ومن واجب المستثمر ان يمكن الادارة المانحة في كل وقت الاطلاع على المشروع ومراقبته، فان هذه الادارة يمكنها ان توجه المشروع في خدمة الصالح العام.

٦ - الاستفادة من مشاريع ال BOT لخدمة مشاريع الخصخصة

بما ان مشاريع ال BOT تمكن المستثمر من تملك المشروع وتشغيله لمصلحته باسلوب معين.

وبما ان الخصخصة هي عبارة عن تخلي الدولة عن مال اقتصادي يعود اليها الى مؤسسات القطاع الخاص. فان الحكومة المانحة يمكنها الاستفادة من عقود ال BOT لتوظيفها في عمليات الخصخصة. بمعنى ان اسلوب ال BOT من شأنه ان يعطي للحكومة وسيلة عملية يمكنها استخدامها في برامج الخصخصة التي تتبعها معظم دول العالم.

٧ - تصحيح فعالية القطاع العام عن طريق القطاع الخاص

يمكن للقطاع الخاص ان يصحح عدم فعالية القطاع العام في انشاء المشاريع وتسييرها، وان يستجيب بصورة افضل لطلبات المستهلكين في الكثير من قطاعات البنى التحتية. فالمسألة في غالب الاحيان، ليست دائما في انشاء المشاريع، بل في جعلها اكثر فعالية. ففي قطاع الطاقة مثلا، تكون التدابير المتعلقة بتقليص الهدر، سواء في توليد الكهرباء او في استعمالها، من قبل القيمين على التمويل الذاتي افعل وافضل، فيما لو اوكل هذا الامر الى القطاع الخاص، الذي يفرض جدية في تنفيذ المشاريع كونه مدفوعا لذلك، بعوامل الربح. فمن جهة يحرص على السرعة في التنفيذ، للبدء باسرع ما يمكن في عمليات الاستثمار، ومن جهة ثانية، ولانه معني بالاستفادة، بصورة مباشرة، من حسنات التنفيذ لمشاريع سيستثمرها لآجال طويلة، فان القطاع الخاص المستثمر، يسعى الى ان يكون المشروع الذي ينفذه على درجة عالية من الجودة والكمال، كي لا يتعرض ، فيما بعد، الى مواجهة نفقات كبيرة في الصيانة، وفي اصلاح عيوب اساسية تعتري التنفيذ.

٨ - اقتناع الجمهور بمشاريع ال BOT اكثر من اقتناعه بمشاريع الخصخصة

قد يرى البعض ان الكثير من ميزات الBOT يمكن تحقيقها عن طريق الخصخصة، فلماذا ال BOT اذن ؟

ولكن الحقيقة هي ان طريقة ال BOT، وهي صيغة الحل الوسط في الشراكة بين العام والخاص، يمكن ان تجعل الرأي العام متقبلا

بصورة اسهل طريقة ال BOT، التي لا تؤدي الى انتقال ملكية امـــوال الدولة نهائيا الى القطاع الخاص، بل على العكس من ذلك، فمن شـــأن هذه الطريقة ان تزيد في ملكية الدولة للاموال، بدون ارهاق موازنتـــها. وبالتالي فان جمهور المواطنين يطمئن الى ان اموال الدولة باقية لـــها، بل هي تزيد وهذا ما يبعث الثقة والاطمئنان بها.

٩ - الواقع العملي يظهر فوائد ال BOT

ان استعمال ادوات جديدة جاذبة لتمويل المشاريع، وفق نظام ال BOT، يفسر، بدون شك، التزايد المضطرد على التمويل بواسطة هـــذا النوع من المشاريع. ففي البلدان المتقدمة ذات الاقتصاد الحر، تـــتزايد بصورة متعاظمة، مشاركة القطاع الخاص في تمويل مشـــاريع البنـــى التحتية والخدمات. كما يتزايد ايضا فـــي البلـــدان الناميـــة، اســـتعمال التوظيفات الخاصة في مشاريع البنى التحتية. وفي احصائيات جـــرت مؤخرا في العام ١٩٩٤ في ٣٩ بلدا ناميا. تبين ان تدخل القطاع الخاص بلغ ٢٠٠ مليار دولار، بينما كان في سنة ١٩٨٨ بحدود ال ٤٣٠ مليون دولار، علما بان نسبة ٧% فقط من التوظيفات في البنى التحتية، فـــي هذه الدول، كان مصدره القطاع الخاص [1].

ويعتبر البنك الدولي ان نجاح هذه التوظيفات سيؤدي الى ارتفاع محسوس في هذه الارقام في السنوات المقبلة.

---

[1] - حبيب ابو صقر، التمويل الذاتي للمشاريع من قبل المتعهد BOT ، مقـــال، مجلـــة القضاء المالي، ص ١٨-٢٣

اما في البلدان ذات الاقتصاد الانتقالي، فقد جرى التمويل بواسطة ال BOT في عدد كبير من قطاعات البنى التحتية، وخصوصا في مجالات النقل والطاقة والمواصلات، ومن هذه البلدان : هنغاريا، سلوفينيا، رومانيا، بولونيا، سلوفاكيا، تشيكيا. وهناك عدة مشاريع مخطط لها في هنغاريا وبلغاريا وبولونيا، حيث تنوي الحكومة، في هذا البلد الاخير تمويل انشاء اكثر من ٢٣٠٠ كيلومترا من الطرق في السنوات العشر القادمة .

ولولا الصعوبات التي ابدتها بعض مؤسسات التمويل، ومنها البنك الدولي، والوكالة الدولية للتمويل IFC ، لتزايد حجم مشروعات ال BOT اكثر بكثير مما هي عليه الآن في البلدان ذات الاقتصاد الانتقالي.

ب - محاذير نظام ال BOT

غير ان الميزات التي قد حققها نظام ال BOT قد يقابلها مساوئ. وقد اثبتت التجارب العملية ان الأخذ بهذا النظام، لم يكن في احيان كثيرة منجاة للدول من اعبائها العامة والاقتصادية، بل ظهر انه في كثير من الحالات، ادى الى ترتيب اعباء اقتصادية على الدول التي اعتمدته، وذلك لاسباب كثيرة من اهمها :

١ - توظيف عائدات الاستثمار للمصالح الخارجية

قد لا يؤدي نظام ال BOT الى جذب رؤوس المال من الخارج لاستثمارها في السوق المحلية. بل على العكس من ذلك، فقد يلجأ

المستثمر، سواء كان اجنبيا او محليا، الى السوق المحلية للحصول على التمويل اللازم لمشروعه، بدلا من تحويل الاموال من الخارج كاستقراضه من المصارف والمؤسسات المالية المحلية مثلا، ثم بعد ذلك، يستخدم التمويل الداخلي الذي يحصل عليه، لاستيراد المعدات والاجهزة اللازمة من الخارج. وهذا ما يؤدي الى زيادة الطلب على العملات الاجنبية، والضغط على السيولة المتاحة في السوق الداخلي، مما يؤدي الى انخفاض قيمة العملة الوطنية، وزيادة الطلب على العملات الاجنبية.

غير انه اذا كان تمويل القطاع المصرفي لنظام ال BOT من شأنه ان يؤثر سلبا على مصادر التمويل المحلي، فانه يمكن التحقيق من سيئات هذا التمويل عن طريق اخضاع شركات ال BOT الى معايير الجدارة الائتمانية المتبعة، وفقا لنسبتي الاحتياطي والسيولة الواجب توافرهما لدى المصارف، والقواعد والضوابط والشروط المتعلقة بمنح الائتمان، والحدود القصوى لمنح القروض، بالنسبة الى العميل الواحد على مستوى جميع المصارف. ولقد اصبحت معايير الجدارة هذه من الاصول المتبعة لدى القيام بالاعمال والمشاريع. وان تطبيقها واتباعها من شأنه ان يبعد الخوف عن مصادر التمويل المتاحة من جانب القطاع المصرفي.

وزيادة في الحيطة والحرص، ينبغي النص في عقود ال BOT على وجوب ان يتم تدبير نسبة معينة من تكاليف التنفيذ، عن طريق التمويل الذاتي، وتوفير الضمانات المصرفية الكافية لتغطية القروض

وفوائدها، عند تخلف شركة المشروع او تعثرها في تسـديد مـا هـو مترتب عليها. وبذلك ينتفي أي تأثير سلبي قد يترتب من جراء عقود ال BOT على مصادر التمويل المحلية.

وقد كان لتوجيهات البنك الدولي، ومؤسسـة التمويـل الدوليـة I.F.C. ومنظمة اليونيدو (Unido) ، دور فعال في مجال تمويل مشـاريع ال BOT عن طريق المصارف، وتقضي هذه التوجيهات بضرورة توفر شروط الائتمان، وفق المعايير الآتية :

- عدم زيادة حجم التمويل لاي مشـروع علـى ٣٠% مـن القـاعدة الرأسمالية للمصرف في صورة استثمارات طويلة الأجل.

- ان التمويل في مشاريع ال BOT يحتاج الـى اسـتعلامات وافيـة، وضمانات خارجية، الامر الذي لا يتوفر للمصارف الصغيرة الحجـم، فضلا عن ارتفاع الكلفة الاستثمارية، مما يجعل هذه البنـوك عـاجزة عـن تقديم التمويل المطلوب.

- ان تمويل هذه المشاريع او اقراضها يتطلب توفير عملات اجنبيـة لاستيراد مكونات وتمويل فوائد مالية.

وبالنتيجة فانه اذا احسن اختيار الشركات التي تسند اليها مشاريع ال BOT وفق ضمانات وشروط واضحة، فلا شك في المردود الايجابي على البورصة، والموازنة العامة، والقطاع المصرفي، وبالاجمال علـى الدخل القومي.

وعلى كل حال، يجب التعامل مع هذه المشـــاريع بفكـــر جيـــد، وضوابط متينة، وفق اعتبارات العائد المتوقع، والضمانات الحكوميـــة، والوسائل القانونية، التي تكفل مواجهة حالات عدم تسديد الالتزامـــات، وذلك من خلال دراسة القدرة على استرداد حق المصرف عن طريـــق حوالة الحق، من حصيلة الرسوم المتوجبة للشركة، وبوالص التـــأمين، والتأمين الشامل والاضافي على المشروع ضد الاخطار المحتملة.

٢ - مساوئ ناتجة عن تحويل الارباح الى الخارج

قد يصعب تحقيق الميزات الاقتصادية التي يهدف، عقد ال BOT الى تحقيقها، نظرا لزيادة اعباء الاســـتيراد مـــن الخـــارج، وتحويـــل الاربـــاح الناتجة عن المشروع الى الخـــارج مـــن دون قيـــود تلـــزم المستثمر باستثمار جزء من هذه الارباح في داخل الدولـــة المضيفـــة، ممـــا يؤدي الى اختلال ميزان المدفوعات والتأثير على حجم الســـيولة في السوق المحلية، وبالتالي تضخم الاموال، وما ينتج عنه من مساوئ .

٣ - التزام الدولة بشراء الخدمات وضمانها تسديد المقابل

قد يؤدي نجاح الشركات التي تقوم بتنفيذ مشاريع ال BOT الـــى منحها مزايا مرتبطة بعقد ال BOT ، وان الافراط في منح هذه المزايـــا قد يؤدي الى نتائج سلبية. كما لو التزمت الدولة بشراء الخدمـــة التـــي تقدمها شركة المشروع وبضمانها تسديد حد ادنى لمقابل هذه الخدمـــة، وتكليف المصرف المركزي بهذا الضمان مـــن دون ان يكـــون هـــذا العمـــل متوافقا مع الوظائف الاساسية للمصرف المركزي.

مما لا شك فيه ان شركة المشروع تحدد اسعارها في ضوء تكاليفها وما تبتغيه من ارباح، مما يؤدي الى ارتفاع السعر الذي يحتسب بالعملات الاجنبية، ثم تقوم الشركة بتحويل هذا السعر او معظمه، على الأقل، الى الخارج، عن طريق حسابات لها في مصارف اجنبية.

٤ - ارتفاع اسعار العقارات واستثمار هذا الارتفاع لمصلحة شركة المشروع

عندما يلتزم المشروع شق الطرقات والاوتوسترادات السريعة، فانه يتملك مساحات شاسعة من الاراضي التي تقع على جوانب هذه الطرق والاوتوسترادات .

وبما ان اسعار العقارات على ارتفاع مستمر في غالب الاحيان. ونظرا للفترة الطويلة عادة التي تتملك في اثنائها شركة المشروع هذه العقارات، وقبل انتهاء مدة العقد، فقد يؤدي ارتفاع اسعار العقارات الى ارباح قد تفوق قيمة المشروع نفسه مع طول المدة قبل انتهاء العقد، وبذلك تكون شركة المشروع قد ربحت ارباحا مضاعفة، سواء في استثمار تشغيل المشروع، او في ارتفاع اسعار العقارات. وهذا ما يؤثر سلبا على حقوق الدولة الملزمة للمشروع .

٥ - عمليات الاحتكار وما ينتج عنها من مساوئ

عادة ما ترتبط عقود ال BOT بشروط الاحتكار التي تلتزم بها الدولة، اذ تشترط شركة المشروع على الدولة، تأمين الاحتكار حتى تضمن سيطرتها على السوق وضمان عدم منافستها، تحقيقا لاسترداد

ما انفقته من اموال. ويترتب على ذلك ما يترتب على الاحتكار من اضرار ومساوئ. واذا لم يرتبط المشروع باحتكار، تلتزم الدولة بشراء الخدمة التي يقدمها المشروع، كما يحصل عادة في انشاء محطات الكهرباء، كما تضمن حدا ادنى من التشغيل، كما يحصل في انشاء المطارات والطرق .

٦ - شراء الدولة للانتاج وارتفاع كلفة المشاريع

قد تلتزم الدولة بشراء الانتاج، بموجب العقد. ومع الوقت ومدة العقد الطويلة ترتفع تكاليف الانتاج، وتلتزم الدولة بالدفع على اساس الاسعار التي ترتفع مع الزمن. مما يؤدي الى التزامها بمبالغ تتزايد وتتعاظم باستمرار، ولا سيما اذا كان المستثمر أي شركة المشروع تقوم بتحويل ارباحها الى الخارج، ولا تقوم باستثمار أي جزء من هذه الارباح داخل الدولة .

وقد اصبح هذا الامر مألوفا، وخصوصا في ظل التقنيات القانونية الحديثة التي تتيح للمستثمرين الاستثمار في دول اجنبية، وتحويل ارباحهم الى دول اوطانهم، كما هو الامر في شركات ال " اوف شور". التي تقوم بتنفيذ اعمال في بلد معين، في حين ان مركزها الرئيسي يكون في بلد آخر، خاضع لسيادة دولة اخرى، بحيث يتمحور المركز الرئيسي بشكل شركة ام، تتولى التفاوض، وابرام العقود، واجراء الدراسات، واعطاء التوجيهات اللازمة لشركة تابعة، تتولى في البلد الآخر تطبيق وتنفيذ الدراسات والتوجيهات. اما اسباب تمركز الشركة الام في بلد معين، يكون غير بلد التنفيذ، فهي الظروف

الاجتماعية والاقتصادية والسياسية التي تسهل الاقامة، وتوفر وسائل الانتقال والاتصال، وامكانات الاستثمار، وتحرك رؤوس الاموال، والنظام الضريبي، وغيرها من الاسباب .

٧ - طول مدة العقد وما قد ينتج عنها من حسنات في مصلحة المستثمر وسيئات في مصلحة الدولة المانحة .

اذا كانت شركة المشروع تلتزم في نهاية مدة العقد باعادة نقل ملكيته الى الدولة المضيفة، فان هذه المدة قد تطول كثيرا، كما لو بلغت مثلا تسعة وتسعين عاما. والعقد الذي يعقد لمثل هذه المدة يلزم اجيالا متعاقبة تلتزم بنتائج العقد، وما ينتج عنه من بدلات لمصلحة الملتزم تؤخر استفادة الدولة من المشروع، وتحمل ابناء المجتمع هذه البدلات، وتضر بالمصالح الاقتصادية العائدة للدولة، كما قد تضر ايضا بمصالحها السياسية، كما حدث في مصر من جراء التزام قناة السويس الذي ابرم لمدة تسعة وتسعين عاما وادى في نهاية المطاف الى حرب سنة ١٩٥٦ بين مصر من جهة وبريطانيا وفرنسا واسرائيل من جهة ثانية، وهي ما اطلق عليها تسمية " العدوان الثلاثي ".

٨ - الزام المنتفعين بتكاليف اضافية

بالرغم من الفائدة التي يحققها مشروع ال BOT بالتخفيف من اعباء الضرائب على مستخدمي المشروع، فان النفقات التي يتكبدونها، والمتمثلة في الانفاق مقابل الخدمة التي يقدمها المشروع، قد تتجاوز ما يحققه المشروع من وفر لمصلحة المنتفعين، وذلك على المدى البعيد، ونظرا لطول مدة العقد، والتزام المنتفعين بدفع الرسوم خلال هذه المدة

بكاملها، ولربما استلزم الامر ايضا رفع قيمة الرسوم بسبب الظـــروف والمتغيرات .

٩ - تراجع سيطرة الحكومة

بالنظر الى اتصاف الاعمال الحكومية بالبيروقراطية، وبســبب طول مدة عقد ال BOT ، فقد تتراجع سيطرة الحكومة علـــى مراحــل المشروع المختلفة، وبالتالي فلا تتأكد من مطابقة المشـــروع للمعــايير والكوادر المحلية، بالنسبة الى التصاميم والمواصفات والعمالـــة. وهــذا مـــا يؤثر سلبا على حسن سير المشروع والخدمات المنتظرة منه .

١٠ - نقص الثقافة التمويلية في بعض البلدان النامية

تبين انه في الدول النامية، وفي الدول ذات الاقتصاد الانتقالي لا يتوافر الا القليل من المعلومات والمعرفة لوسيلة التمويل وفق صيغة ال BOT . ففي اقتصاديات هذه الدول التي بدأت تلجأ حديثا الى اعتماد هذه الصيغة، تأخذ الشركات المحلية وقتا طويلا لتتمكن مــــن الاضطـــلاع بمسؤولياتها في الشراكة، في مشاريع تتعلق بالبنى التحتية. وكذلك تأخذ البنوك المحلية بعض الوقت لتكتسب الخبرة في التعـــاطي مـــع هـــذه المشاريع .

وكثيرا ما تبرز مسائل قانونية وتنظيمية لا يستهان بها في وضع اتفاقيات التمويل بطريق ال BOT. فنجاح هذه الطريقة يســتلزم وجــود اطار قانوني وتنظيمي واضح ومتماسك، في حين ان هـــذا الاطـــار لا يوفر، في الكثير من الدول، الحماية المطلوبة، فالمصارف الدوليـــة لا

تقرض اموالا الى مؤسسات محليــة، الا اذا كــان وضعــها القــانوني واضحا، ووضعها الاقتصادي سليما وقويا، في معايير المحاسبة الدولية.

وعلى الحكومات ان تعلم بان سياستها، ولا سـيما فــي وضــع التعرفات وفي تحديد الارباح مقابل التوظيفات، هـــي احــد الاسـباب الرئيسية التي من شأنها ان تجذب المستثمرين او تنفرهم مـــن السـعي للمشاركة في مشاريع ال BOT .

ويجب الا يغيب عن البال، امكانية وجــود مشــاكل اقتصاديــة مختلفة، قد تعيق السير في هذه المشاريع. ويعود بعض هذه المشــــاكل الى نظام القطع (صرف العملات)، والى التعرفــات، والـــى اسـتقرار الوضع الاقتصادي.

فبما ان مشاريع ال BOT تتوجه أساسا الى المستهلكين المحليين، فانها تتحقق بالعملة المحلية. اما الديون التي تكون هذه المشــــاريع قـــد استلفتها فتكون غالبا بالعملة الاجنبية، مما يطرح مسألة اخراج اربــــاح هذه المشاريع من بلد الاستثمار، وتسديد الديون المترتبة عليـــها. فـــاذا كانت العملة الوطنية غير مستقرة، او متعذرة الصـــرف، او اذا كـــان تحويل الاموال الى الخارج محظـــورا، فـــان المســـتثمرين الاجــانب سيحجمون عن توفير العملات الصعبة الضرورية لقيام المشاريع.

وثمة سؤال اساسي يمكــن طرحــه فـــي موضـــوع العوائـــق الاقتصادية للتمويل بواسطة ال BOT ، فهل ان المستفيد مـــن خدمــات المشروع سيدفع بدل الخدمة المسداة اليه بحسب سعر السوق ؟

ان اسعار الخدمات، كالكهرباء والهاتف، في الكثير من الـــدول النامية، ودول الاقتصاد الانتقالي، هي متدنية، بسبب دعم الخزينة العامة لها، وفي هذه الحالة يتوجب على الحكومات انْ تضمن ان المســتثمرين سوف يتقاضون تماما ثمن انتاجهم، مما يوجب وضــع آليــة تصحيــح التعرفة، بصورة اساسية متزامنة مع بحث الشروط المالية للمشروع.

كما ان ثمة سؤالا آخر يمكن انْ يبرز في هذا السياق، وهـــو : بما ان الظروف الاقتصادية غير المستقرة، والتضخم، يجعل التنبــؤات في استعمال الخدمات موضوع مشروع ال BOT كثيرة الصعوبة، ممــا يؤدي الى خلل اساسي في حقوق وموجبات المستثمر، والى جــهل او على الأقل، عدم الدقة في ميدان الضمان، فهل ان مؤسسات الضمـــان قادرة على توفير ضمانات على الاستثمارات في المشاريع التي تفشــل في انتاج موارد معادلة لما هو مرتقب لها خلال مدة تشغيلها .

وهذا السؤال هو برسم شركات الضمان التي تقدر مصالحها لدى القبول بالضمانات المقدمة منها .

١١ - تأثير النظام السياسي

لا يهمل وجود مشاكل سياسية، قد لا تتوافــق مــع التــبريرات الاقتصادية، بل تحد من توســع التمويــل الذاتــي بطريقــة ال BOT. فالكثيــر من مشاريع البنى التحتية، التي يتدخل فيها مستثمرون اجانب، هي اكثر حساسية، سياسيا، من استثمارات مباشرة اجنبيــة اخــرى، لا تتعلق بهذه البنى. وذلك لسببين على الأقل .

السبب الاول : هو ان التجارب الاخيرة في الكثير من الدول، وخصوصا في الدول ذات الاقتصاد الانتقالي، وكما يشير بعض خبراء البنك الدولي، قد اثبتت سلبية التجارب في صيغة ال BOT لمشاريع كانت مملوكة من الدولة، وكان لها حق احتكارها في الاسواق.

السبب الثاني : هو ان مشاريع ال BOT لهذا النوع من الاستثمارات، تؤدي الى خروج الاموال من بلد الاستثمار بشكل ارباح على الاسهم، وقد يكون ذلك اقل قبولا من قبل الرأي العام السياسي المحلي، من عملية تسديد الديون بصورة نظامية، وفق الاقتراض التقليدي. فهذا الاقتراض، وان انطوى على خسارة البلد لعملة صعبة، الا انها تكون مؤقتة، وتنتهي، على الأكثر، عند تسديد الديون.

وفي الاطار السياسي ايضا، فهناك تخوف من ان تتعرض مشاريع ال BOT الى الانهيار، على اثر تقلب فجائي للسياسة الضريبية والتشريعية وسواها. ولذلك يسعى المستثمرون والمقرضون الى ادخال بعض المواد على عقود BOT من اجل تثبيت الاستقرار، فيعمل المشروع بثبات اكبر من دون ان يخشى الظروف المتغيرة. ولكن الحكومات لا تقبل بسهولة نصوص هذه المواد، لانها تعتبرها قيدا على حريتها في التشريع، وانتقاصا من سيادتها في التصرف.

واذا قبلت بهذه البنود، فنتناول المناقشة الصيغة التي سيأخذ بها الاستقرار، كالمقاصة غير المباشرة، ومنها على سبيل المثال : الحق في زيادة بدل استعمال التجهيزات للجمهور في مشاريع ال BOT، او طلب تمديد مهلة استثمار المشروع .

وعلى الصعيد السياسي المحلي، فقد تظهر بعض الصعوبات في موقف الفرقاء من مشاريع ال BOT. وقد لاحظ بعض الخبراء بان كبار المسؤولين، عادة ما يكونون متحمسين لمشاريع ال BOT، في حين ان مسؤولين آخرين، ينظرون الى هذه المشاريع بحذر، لانهم يعتبرونها، وكأنها تفقدهم جزءا من صلاحياتهم. كما ان بعض كبار الموظفين والمسؤولين يعتبرون ان صلاحياتهم تذهب الى القطاع الخاص بفعل نظام ال BOT . وهنا تبرز مشكلة اخرى تتجلى في كيفية معالجة اوضاع العاملين في المشاريع القائمة المنوي توسيعها وتطويرها عن طريق ال BOT، وشروط صرفهم من الوظيفة او استيعابهم من قبل ملتزمي هذه المشاريع.

ثانيا - التحفيف من مساوئ عقد ال BOT

ولكنه بالرغم من كل هذه المساوئ، لا يسعنا القول بان نظام ال BOT هو نظام فاشل، وبالتالي يجب صرف النظر عن العقود التي تجري على اساسه، بل على العكس من ذلك فهو نظام يتمتع بايجابيات كثيرة، اتينا على ذكر بعضها، ويمكن تفعيل هذه الايجابيات وتقويتها عن طريق وسائل مختلفة، من اهمها :

أ - تنظيم العقود

يقتضي ان يجري تنظيم عقود ال BOT بطريقة تستهدف، بقدر الامكان، زيادة الايجابيات والحد من السلبيات، وذلك في ضوء حاجات الدول، ولا سيما النامية منها، في اللجوء الى هذا النوع من العقود.

غير ان هذه المسألة ليست بالامر السهل، بل هي من الصعوبة بمكان، بعدما ظهرت واتسعت فكرة العولمة ابتداء من العقود الاخيرة من القرن العشرين، وقامت على مرتكزات من اهمها : الثورة التكنولوجية العالية، والنمو الهائل في حجم الشركات العالمية وكفاءتها، التي اتجهت الى افتتاح اسواق خارجية عن طريق الانتقال الى العمل والانتاج في دول اخرى، ومنها الدول العربية، وتحديدا دول الخليج العربي، بعدما ضاقت بها اسواقها الوطنية، او أملت في الحصول على الارباح في دول اخرى ذات الموارد الطبيعية الهائلة كالبترول والخبرة التكنولوجية المتواضعة امام خبرة الدول المتقدمة علميا واقتصاديا.

وتبعا لذلك ظهرت عدة تكتلات واحتكارات وشركات ضخمة، حولت العالم الى سوق اقتصادية وتجارية ومالية واحدة. وقد تم ذلك ويتم بشكل تدريجي، وبوتيرة متسارعة على اثر تراجع النظام الاشتراكي، واتجاه الدول نحو الأخذ بآليات الاقتصاد الحر، وباتت وحدة السوق العالمية مطلبا يجري تحقيقه، في ظل ثورة وسائل النقل وشبكات الاتصال الحديثة، بحيث اصبح العالم كله قرية كبيرة، تجول فيها شركات متعددة الجنسيات بتوزيع نشاطها، انتاجا وتجارة، على اكثر من دولة وفي اكثر من قارة. وبات امرا طبيعيا وجود شركات في احدى الدول الكبرى، وهي تطرح اسهمها في عدة بورصات عالمية، وتغطي نشاطاتها قارات العالم.

وقد ساعدت المؤسسات الدولية على تفعيل هذا النشاط وتأطيره ضمن اسس قانونية ومؤسساتية دولية تمثلت في منظمة التجارة العالمية

وما يدعمها من اتفاقات لتحرير التجارة الدولية. وحركة انتقال الافراد ورؤوس الاموال، حتى بدا ان العولمة، بادواتها ومرتكزاتها، اصبحت وكأنها ثمرة تطور طبيعي في تاريخ البشرية. فأين هو اذن دور الدول النامية ؟ وهل تستطيع ان تجد محلها في نظام العولمة، لتتمكن من صياغة عقودها، بشكل يحافظ على مصالحها ؟

اذا كان تنظيم العقود لمصلحة الدول النامية يبدو صعبا، فمما لا شك فيه انه ليس مستحيلا، ولا سيما بالنسبة الى الدول المتمتعة بموارد طبيعية مهمة كالبترول وسواه. وبقدر حاجة الدول النامية الى التكنولوجيا، فان الدول المتحضرة بحاجة الى موارد طبيعية تفعّل فيها تكنولوجيتها المتقدمة. وبذلك تستطيع الدول النامية الغنية بالموارد ان تفرض شروطا في عقد ال BOT، ترضى بها الشركات المتطورة، وهكذا يمكن تأمين التوازن والتكافؤ بين التكنولوجيا المتقدمة والموارد الطبيعية.

ولقد اظهر التعامل، ان نظام ال BOT يشتمل على ابرام عدد من العقود والاتفاقيات، ولذلك تمت محاولات وضع عقود نموذجية عالمية، تتضمن، على سبيل المثال، العقود والاتفاقيات الآتية :

– اتفاقية الامتياز : وتبرم بين الحكومة المضيفة من جهة، والمستثمرين من جهة ثانية وهي تهدف الى : قيام الحكومة بمنح المستثمر الحقوق المطلوبة لتشييد وبناء وتشغيل المشروع او المرفق العام، وفقا للنظام العالمي، وفي اطار القوانين الوطنية، ووضع الالتزامات التعاقدية التي

يلتزم بها المستثمر، منذ بدء انشاء المشروع، وخلال فترة التشغيل، وحتى نهاية فترة الامتياز.

- اتفاقية انشاء شركة المشروع : وتبرم بين شركة المستثمرين المساهمين في انشاء المشروع، وفقا لقوانين الاستثمار، والشركات، التي تضعها الدولة المضيفة.

- اتفاقية انشاء المشروع : وتبرم بين شركة المشروع من جهة ومقاولي الانشاء من جهة اخرى.

- اتفاقية الشراء (في محطات الكهرباء والمياه) : وتبرم بين شركة المشروع من جهة، والوزارة او الهيئة الادارية المختصة في الحكومة المضيفة من جهة اخرى، والتي ستشتري الانتاج اليومي وتقوم بتوزيعه على المستفيدين، مقابل السعر المحدد للوحدة من الانتاج.

ويتم ابرام مثل هذه الاتفاقيات بموافقة الحكومة المضيفة، وبشروطها التي تحددها، والتي تضمن لها الحقوق الرئيسية، ومنها على سبيل المثال : ان يلتزم صاحب الامتياز بمستوى الانشاء والتشييد والبناء المطلوب، وان يتم ذلك في الوقت المحدد. وان يلتزم ايضا، بمستوى اداء التشغيل، وبالاصلاحات والصيانة المستمرة للمشروع، وبالتعرفة التي تحددها الحكومة للرسوم او المقابل الذي يدفعه المنتفع بالمرفق من دون زيادة، الا بموافقة الحكومة، وتبعا لتبدل الظروف. وان يلتزم بتسليم المشروع في نهاية فترة الامتياز، بدون مقابل، وفي احسن حال، وبفترة ضمان محددة بعد ذلك.

ب - اصدار تشريعات جديدة

لا يغيب دور الدولة في ظل نظام العولمة، بل على العكس يجب ان يكون لها دور اساسي تقوم به من اجل تحفيز قوى الانتاج ومضاعفته، واحكام الرقابة على سلامة الاعمال، عن طريق وضع تشريعات تؤمن الحماية والمحافظة على حقوق المستثمرين والمستهلكين، وما يرتبط بالنشاط الاقتصادي في الدولة من قواعد مساندة لحسن ادارة تنظيماته ومؤسساته.

اذا كان الامر كذلك، فلا بد من تحديد اطار قانوني متكامل لعقد ال BOT، يجعل من آليته خيارا استراتيجيا بوضع قواعد قانونية شاملة، تستهدف تحقيق توازن في العلاقة بين طرفي هذا العقد.

ومن شأن صدور تشريع يتعلق بنظام ال BOT، ان يؤمن مصالح المستثمرين والدول والافراد على السواء. فهو يؤمن مصالح المستثمرين لانه يتيح لهم الوقوف على الاوضاع القانونية، لدى دراسة الجدوى وتقديم عروضهم في المنافسات المطروحة، حيث يكون متاحا لهم سلفا، معرفة القوانين المتعلقة بعروضهم، وبالتالي اطمئنانهم الى استثمار اموالهم بضمان واستقرار.

كما يؤمن مصالح الدولة لانه يتيح لها وضع القواعد القانونية التي تصب في مصلحتها، ومنها : حماية الايدي العاملة، وحماية المستهلك. ويؤمن ايضا مصالح الافراد، ولا سيما ما يتعلق بالعمل وحماية المستهلك والاسعار.

غير انه في ظل نظام العولمة لم يعد ممكنا للدولة منفردة ان تؤمن مصالحها في مواجهة تكتلات اقتصادية دولية ضخمة. ولذلك بات لزاما على الدول التي تنتمي الى مراكز موحدة، اقليمية كانت او حضارية، او اممية او سياسية وسواها، ان تتعاون معا من اجل الحفاظ على مصالحها كما هو الامر مثلا في الولايات المتحدة الاميركية، ودول القارة الاوروبية.

وان الدول العربية مدعوة في هذا الوقت الى مواجهة العولمة بطرق مختلفة منها : تطوير تشريعاتها بشكل يعبر حدود كل دولة الى الدول العربية الاخرى، وذلك لان المبادئ القانونية التقليدية لم تعد كافية لمواجهة العولمة والغزو المعلوماتي. كما انه ولئن كان مبدأ سيادة الدولة ينطوي على حق قبول او رفض ما يوجه اليها من خارج اقليمها، فان الدولة، في ظل العولمة، لم تعد قادرة على رفض ما يأتيها من الخارج. ومن هنا انطلقت بوادر في الفقه الغربي تبشر بفكرة الدولة بغير حدود.

وفي هذا الجو القائم، ينبغي على الدول العربية ان تستعين بالوسائل المتاحة لديها لمواجهة التحولات القانونية للعولمة، ومنها :

- تفعيل التشريعات والاتفاقيات العربية القائمة ومن بينها : السوق العربية المشتركة، ومحكمة العدل العربية.

- تطوير تشريعات حماية المستهلك، ومنح جمعيات حماية المستهلك الضمانات القانونية لممارسة دورها في الحماية، بما يكفل حماية هذا المستهلك في مواجهة العولمة.

- تطوير التشريعات العربية في مجال الملكية الادبية والفكرية، وذلك باعادة النظر في التشريعات القائمة بها يتناسب مع التغيرات القانونية المرافقة للعولمة.

- تطوير تشريعات النقل والخدمات والضمان، بحيث يجري تحرير تجارة هذه القطاعات على مستوى الدول العربية.

- تطوير التشريعات الجمركية في الاطار المشار اليه ايضا .

وما تجدر الاشارة اليه هو ان هذا الامر لا يغيب نهائيا عن الدول العربية، بل لقد اصبح مطروحا بقوة، وهو موضوع مناقشات متعددة في المؤتمرات التي تجري على مستوى العالم العربي. ولكنه يتطلب الجرأة والاقدام والسرعة في بت هذه المسائل .

وقد يلجئ الواقع العملي الحكومة الى اعتماد اساليب وتشريعات لم يكن معمولا بها في اراضيها، تلبية لمطالب الممولين، بغية اعطائهم الثقة واستجلابهم للاستثمار، داخل اراضيها، فتلجأ الى تعديل بعض القوانين الخاصة، كالسماح بتحويل الارباح الى الخارج، ورفع القيود المفروضة على النقد الاجنبي.

كما قد تلجأ الدولة الى اعطاء ضمانات للاستثمار، وتتنازل عن مبدأ السيادة لمصلحة بند تحكيمي يدرج في العقد.

وقد كان للدولة اللبنانية تجربة في هذا الاطار، حيث اقدمت على انهاء ازمة البريد اللبناني باخراج قدمه مجلس الوزراء، يقضي بالموافقة على ابدال مساهم بآخر في شركة ليبان بوست، وعدم المساس بالمشغل

الكندي (كندا بوست) الذي يدير العمليات البريدية. فقد دخلت مجموعة " ليبان بوست" المملوكة من بنك عودة، مكان مجموعة " اس ان سي لا فالان" الكندية، بعد ابرام صفقة بلغت قيمتها ١٣ مليون دولار اميركي. مما اسدل الستار على قضية مهمة من القضايا التي دار حولها لغط في سوق الاقتصاد اللبناني، وعلى بعض الشائعات التي رافقت هذه الازمة، ومفادها ان الدولة اللبنانية غير جديرة بالتعاطي مع المستثمرين الاجانب، ولها في كل مرفق اشكال.

وقد تعمد الحكومة الى تنقية الاجواء القانونية بين بلدين او اكثر، وكل ما يعوق الاستثمار في مشاريع ال BOT، فتمهد الى استصدار القوانين والتشريعات اللازمة لتسهيل جذب المستثمرين. كأن تعدل التشريعات المتعلقة بالاستثمار والاحتكار، وامكانية تحويل العملات الاجنبية الى الخارج، واعطاء الضمانات، والتحكيم. وبالفعل فقد كانت شركة ليبان بوست تعاني في لبنان، من عدم استصدار تشريعات جدية، الأمر الذي اربكها في تنفيذها لقطاع البريد. ولكنها اطمأنت وارتاحت، نوعا ما، الى صدور قانون جديد للجمارك، وهي تأمل في استصدار تشريعات اخرى تسهيلا لعملية الاستثمار. وبالفعل فقد اقدمت الدولة اللبنانية، على اعطاء شركة I D A L حق دراسة جميع الاتفاقيات بقصد اصدار تشريعات يطلب اتخاذها في لبنان، من اجل تسهيل عمليات الاستثمار.

ج - تفعيل دور مؤسسات الضمان

قد تكفل التشريعات المحلية والاتفاقيات الدولية، مظلة قانونيـــة للملتزم في مشاريع ال BOT ، ولكنه بالرغم من ذلك وزيادة في الحيطة وتدعيما لتوفر تنفيذ اكثر امانا، غالبا ما يلجأ الى تأمين ضمان خــاص لدى شركات ومؤسسات الضمان، يمثل العامل الحاسم، والطريقة الآمنة لتوجيه استثماراته.

ان توفر الضمان اللازم عن طريق تعاقد الملتزم مـــع شــركة الضمان، من شأنه ان يصب في مصلحة الملتزم وفي مصلحة الجهـــة الادارية المتعاقد معها على السواء. ولذلك غالبا ما يلحظ عقــد ال BOT في بند خاص منه ضرورة تعاقد الملتزم مع شركة ضمان. وقد يـــبرم عقد الضمان بين الاطراف الثلاثة وهم : الملـــتزم وشــركة الضمـــان والجهة الادارية، وذلك من اجل حسم ما قد ينشـــأ مــن خـــلاف بيــن الاطراف المتعاقدة في هذا الشأن .

وبطبيعة الحال، وكما هو الامر في سائر عقود الضمان، فانـــه يدرج في بوليصة الضمان بند يمكّن الضامن من الحلول محل المضمون عندما يلتزم بدفع قيمة ما يترتب من خسائر وذلك عن طريـــق حوالـــة الحق او انتقال دين الدائن، وذلك وفقا للاصول المنصوص عليها فـــي المواد ٢٨٠ - ٢٨٦ موجبات وعقود .

ان توفير ضمان الاستثمار ضد المخاطر من شأنه ان ينعكـــس ايجابا على تنشيط سوق المال والمستثمرين والاســـتقرار الاقتصـــادي،

وحقوق الدولة، واتاحة الفرص لتشغيل الايدي العاملة واكتساب الخبرات.

غالبا ما يحرص الممولون على الحصول على ضمانات وتأمينات من جانب الحكومة، كما لو تعهدت هذه الاخيرة بالا تغير سياستها المتبعة، ان لجهة ما تتقيد به من تعهدات، او بالنسبة الى عدم التضييق على الاسعار، ومن اجل ذلك، عادة ما يتم وضع بنود في العقد تلحظ بصراحة جميع هذه التعهدات والضمانات، فلا تترك مجالا لاي تأويل او تفسير، قد يتعارض مع ما تم الاتفاق عليه.

وقد تلحظ العقود تأمينات عقارية تقدمها الدولة. وتعتبر هذه التأمينات من اهم الضمانات لانها تتناول تأمينات مادية على الاموال العائدة للمشروع.

ومن الضمانات التي تقدمها الدولة، تعهدها باستهلاك حد ادنى من خدمات المشروع، وخصوصا اذا كان يمتد الى فترة زمنية طويلة، الامر الذي يدعم الموردين في تقديم المستلزمات اللازمة للمشروع.

وقد تحاول الدولة اقناع الممولين الاجانب بتقديم ضمانات متطورة مثل التراست والاحتكار، والتأمينات الدولية، والائتمان المصرفي.

د - التنسيق بين اعمال الادارات المختلفة

كثيرا ما تتداخل الاعمال بين الادارات الحكومية المختلفة، التي يخضع كل منها الى القواعد والاحكام والاصول الفنية التي تنظم

شؤونها الخاصة، والتي تختلف وتتداخل بين ادارة واخرى. ومن الامثلة على هذا التداخل : اعمال مؤسسة الكهرباء، واعمال وزارة الاتصالات. حيث قد تحفر الاولى الطرقات لانشاء او توصيل تمديداتها، وفور انتهائها من هذا العمل تأتي الثانية لتحفر الطرقات نفسها من جديد، للقيام بانشاءاتها وتمديداتها. وقد يتم التداخل بين كل من التوصيلات والاسلاك. اما وزارة الداخلية فعليها في هذه الاثناء ان تهتم بتنظيم السير وتحويله والمحافظة على الأمن .

لن نتوسع في تقديم الامثلة وهي كثيرة، ومثار نقد من الجمهور، ولكننا نلفت النظر الى وجوب التنسيق بين الادارات المختلفة عند الاقدام على منح الامتيازات بطريقة ال BOT تجنبا للعراقيل والصعوبات وعدم الملائمة .

هـ - تأليف هيئة خاصة تساند انشاء المشروع واجراءات تحقيقه

قد تعمد الدولة، تسهيلا لتنفيذ المشاريع، الى تأليف هيئة خاصة، تعنى بالمساعدة على القيام بالاجراءات والترتيبات اللازمة للحصول على الترخيص، والمباشرة باستثمار المشروع. فتقوم هذه الهيئة بحل جميع المعضلات التي قد تعترض التنفيذ.

الفصل الثالث

انشاء عقد ال BOT

تمهيد

ينشأ عقد ال BOT ، باعتباره، بصورة عامة، عقدا اداريا، بين الدولة ممثلة باحدى ادارتها المركزية او المحلية، او احدى مؤسساتها العامة من جهة، والشخص المعنوي او الطبيعي الذي يوكل اليه تنفيذ الالتزام، من جهة اخرى، فتقوم الادارة باختيار المتعاقد، وفقا للقواعد والاجراءات التي يتطلبها التعاقد مع الادارة، بوجه عام، ولا سيما المناقصة العمومية واستدراج العروض والاتفاق بالتراضي.

والهدف من قواعد اختيار المتعاقد في عقد ال BOT هو تمكين الادارة من اختيار افضل العروض، وخصوصا من الناحيتين الفنية والمالية، واكفأ المتقدمين لانشاء المرفق العام وادارته وصيانته. ويتحقق ذلك من خلال تطبيق مبادئ العلانية والشفافية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية المنافسة، وسواها من المبادئ التي ترتكز عليها احكام المناقصة العمومية.

ان افضل السبل لاختيار المتعاقد يتم عن طريق المناقصة العمومية، التي قد تكون عامة وموجهة الى جمهور المشتركين، او محصورة بالبعض منهم، وفقا لقواعد المناقصة المحصورة. ويرى البعض ان عقود ال BOT تبرم عن طريق اللجوء الى اسلوب المناقصة

المحصورة، حيث تعلن الادارة العملية التعاقدية، وتبين في طلبات العروض ماهية المرفق العام موضوع التعاقد، وابعاده التقنية والاقتصادية والقانونية، والشروط العامة والخاصة لمن يود الاشتراك في المناقصة. فتتلقى عروضا اولية تتضمن مؤهلات المشترك وخبرته السابقة في تشييد مرافق عامة مشابهة.

وتخضع هذه العروض الى فحص الادارة، التي تعد، بنتيجة الفحص، قائمة مختصرة باسماء المشتركين المقبولين القادرين، فعلا، على المنافسة.

وقد تقوم عدة شركات بالتعاون فيما بينها، من اجل تقديم عرض مشترك،وهو ما يعرف باتحاد الشراكة (كونسورسيوم)Consortium [1] .

ويجري التطبيق العملي لاختيار المتعاقد في عقود ال BOT بقيام الادارة بنشر اعلانات الدعوة وطلب العروض في الصحف اليومية الواسعة الانتشار في الداخل والخارج، وبتوجيه خطابات موصى عليها، بدعوة شركات متخصصة تتوافر فيها شروط الكفاءة الفنية والمالية، وحسن السمعة، توفيرا لأفضل العروض، وتحقيقا للمصلحة العامة.

نبحث فيما يأتي، في : الاجراءات السابقة للتعاقد، والسلطة المختصة بمنح الالتزام، وتقديم العروض، واعداد مشروع العقد وصياغته، وابرام العقد ودخوله مرحلة التنفيذ، وتفسير العقد.

---

[1] – سعاد الشرقاوي، العقود الادارية، ص ٣٥٢

اولا - الاجراءات السابقة للتعاقد

تنشأ عقود ال BOT، عندما تتجه الدولة الى اعداد خطة للتنمية الاقتصادية في مختلف انحاء البلاد، عن طريق القطاع الخاص، المؤهل والمتخصص بانشاء مرافق البنية التحتية، من مياه وصرف صحي وطرق، وموانئ ومطارات، ومحارق، واهتمام بشؤون البيئة وسواها. وبعد اكتمال بنيتها التحتية، قد توجه خطتها الى تحديث مرافقها وتطويرها وتنويعها، بما يتلاءم مع حاجات المجتمع والعصر، وبما يمكنها من النهوض الاقتصادي، والتطوير الانمائي والتقدم العلمي والتكنولوجي، ويؤمن لها تغطية مالية من القطاع الخاص، لا يرهق موازنتها العامة.

ومن اجل ضمان نجاح خططها لا بدّ للدولة من ان تحدد القطاع الذي تنوي تطويره، وبالتالي المرفق العام الذي تود إنشاءه، وان تعد دراسة الجدوى، قبل الاقدام على طلبات العروض.

أ - تحديد المشروع

يمثل تحديد المشروع اهمية كبيرة، لانه يتماشى مع خطة الدولة الاقتصادية، واهدافها وتطلعاتها، وقدرتها على انشاء المرفق العام، واهمية تنفيذه في ضوء حاجات المجتمع واولوياته، ومكانة الدولة، على الصعيد الاقليمي والعالمي، والتسابق الاقتصادي في عالم متعدد متسارع، متكامل،بحسب مركز الدولة وقدراتها. وكل ذلك في ضوء ترقب اقبال المشتركين على المشروع، واستعدادهم للاستثمار في جو من الامن والازدهار والثقة بادارات الدولة وقضائها.

ولذلك لا بد من ان يتضمن اختيار المشروع، بيان مواصفاته الفنية والمالية، وجدواه الاقتصادية والاجتماعية، وقدرته على جذب المستثمرين لاقتناعهم بمردوده الاقتصادي. وهذا ما يظهر بوضوح في دراسة الجدوى .

ب - دراسة الجدوى

دراسة الجدوى في عقد ال BOT هي دراسة تضعها الادارة، قبل اقدامها على تلزيم المشروع، تبين فيها اهمية المشروع، ومردوده المالي والاقتصادي والاجتماعي، وشروطه الفنية، وضرورة تنفيذه .

وتتضمن دراسة الجدوى تعاملا مع المستقبل، يتمثل بتقديرات تنطوي، في ذاتها، على احتمالات مطابقتها للواقع او الانحراف عنه. اذ ان تنفيذ المشروع موضوع الدراسة، يتم بغرض تشغيله لسنوات مقبلة. وهو امر يفرض اهتماما متزايدا بمراعاة الدقة في التقديرات.

كما تتضمن الدراسة، تحديد المراحل وترابطها وتوقيتها. وهذا ما يتطلب ان تأتي الدراسة بالغة الدقة، وفقا للمراحل والخطوات المتتابعة، حيث تعتمد كل منها على النتائج الايجابية لسابقاتها، بما تمثله من ترابط مباشر بين تسلسل المراحل.

وللزمن اهمية في هذه الدراسة. فاذا تم المشروع في الفترة الزمنية المحددة، اعطى افضل النتائج. اما اذا طالت الفترة الزمنية الواقعة بين الانتهاء من دراسة الجدوى، والحصول على موافقة الجهات المختصة بانشاء المشروع، وبين بداية تنفيذه الفعلية، فقد يؤدي ذلك الى

انعكاسات سلبية، تتمثل في اتساع الفجوة بين محتويات الدراسة ونتائجها وما يحدث في الواقع العملي. ولا سيما اذا كان المشروع مما يتأثر بعامل الزمن وتطور التكنولوجيا السريع .

وينصب الاهتمام في دراسة الجدوى المبدئية على ابراز اهمية دورة حياة المشروع، وضمان اختياره على اسس علمية باتباع الخطوات الآتية :

١ - تحديد المشروع والغرض منه، والفوائد الناجمة عن تنفيذه، وأثره على المنطقة والتوسعات المستقبلية، واختيار التكنولوجيا الملائمة لطبيعته، وتحديد درجة ملائمة المرافق ومشاريع البنية التحتية لانشاء المشروع وتشغيله .

٢ - اختيار الموقع المناسب للمشروع، بما يعود بالفائدة المباشرة سواء على المنتفعين او على شركة المشروع .

٣ - بيان عوامل الانتاج المختلفة، ومدى توافرها بالحجم، وفي الوقت المناسب، مع تحديد نسبة التصنيع المحلي والايدي العاملة المحلية في المشروع .

٤ - دراسة التكاليف المبدئية للمشروع بما في ذلك الارض والمعدات والآلات والبنية التحتية والاستثمارية اللازمة له .

٥ - تقدير التعرفة المتوقعة للخدمة، بحيث لا تشكل عبئا على دخل المستهلك العادي، مع مراعاة البعد الاجتماعي والسياسي، بحسب طبيعة الخدمة، ومدى اهميتها لجمهور المستهلكين .

٦ - دراسة بنود الضمان اللازم، الذي يأخذ بالاعتبار تعويض شـــركة المشروع عما دفعته من اموال طائلة لانشاء المشـــروع، فـــي منطقـــة اقتصادية طبيعية، الى حين تعمير المنطقة بجمـــهور المنتفعيـــن مـــن خدماته، والمتوقع من تطور تكنولوجي، بحيث يمكن التحكـــم بمقـــدار الضمان ومداه . وبالمقابل دراسة بنود الضمان المترتب علـــى شـــركة المشروع، فيما لو لم تستكمل بناءه، او تـــأخرت فـــي البـــدء بادارتـــه وتسليمه، او جاء تنفيذه غير متلائم مع ما هو متفق عليه.

٧ - تحديد الموافقـــات الحكوميـــة، وبيـــان الاجـــازات والـــتراخيص والتصاريح من الاجهزة المحلية، التـــي يقـــع المشـــروع فـــي نطـــاق اختصاصها، ودور الجهة المانحة في ســـرعة الحصـــول علـــى هـــذه المستندات.

٨ - اعداد خريطة مساحية لارض المشروع مـــن ضمـــن الخريطـــة المساحية لاراضي الدولة، المخصصة لغرض الاستثمار في مشاريع ال BOT، والتأكد من خلوها من الموانع القانونية، مـــع اتاحـــة الفرصـــة للمستثمرين لاختبار الارض المخصصة لاقامة المشروع.

وقد تكون دراسة الجدوى هي دراسة مبدئية، تعرض على الجهة الادارية، للموافقة عليها بصورة اولية، وبعد ذلك تتم دراســـة الجـــدوى النهائية، التي تكون اكثر دقة وتفصيلا، ولا سيما لجهة المدة والتكـــاليف وتحديد الرسوم.

ثانيا - السلطة المختصة بمنح الالتزام

تنص المادة ٨٩ من الدستور اللبناني، على انه « لا يجوز منح أي التزام او امتياز لاستغلال مورد من موارد ثروة البلاد الطبيعية او مصلحة ذات منفعة عامة، او أي احتكار الا بموجب قانون والى زمن محدود ».

ويستخلص من هذه المادة، انه لا يحق للدولة اللبنانية بما فيها من ادارات عامة ومحلية ان تمنح أي امتياز او التزام يتعلق باستغلال أي مورد من موارد البلاد الطبيعية، او أي مصلحة ذات منفعة عامة، او أي احتكار، الى الافراد والمؤسسات والشركات الخاصة الا بموجب قانون، والى زمن محدود.

وبالتالي فان عقود ال BOT وهي عقود ادارية، ويكون موضوعها عادة، استثمار مرافق عامة، لا يمكن ابرامها عن طريق منح المستثمر التزاما او امتيازا، الا بعد صدور قانون مسبق يقضي بذلك. وليس هذا فحسب، بل يجب ان يحدد القانون ايضا المدة الزمنية التي يسمح خلالها باستثمار مرفق عام. ولا يعطى الالتزام او الامتياز بطريقة عامة شاملة، بل يقتضي ان يصدر قانونا بكل التزام او امتياز على حدة.

كما يستخلص من نص المادة ٨٩ المذكورة من الدستور اللبناني، ان تنفيذ اشغال او خدمات غير منطوية على استغلال لمورد طبيعي وطني، او لمصلحة ذات منفعة عامة، او لاحتكار، يمكن ان يتم وفق صيغة ال BOT، من دون وجوب صدور قانون بهذا الشأن.

ولكـــن الصعوبة في تفسير انطباق مشروع معين علــــى انتفـــاء هـــذه المعايير والشروط التي تبدو واسعة وغير دقيقة، جعلت اللجـــوء الــــى قانون يجيز هذا التلزيم امرا واقعا. وبالفعل فقد وضع نص مـــادة فـــي قانون الموازنة لسنة ١٩٩٧، يجيز للحكومة تلزيـــم بعـــض المشـــاريع الكبرى بطريقة التمويل الذاتي من قبل المتعهد في عقد ال BOT. ومـــن مراجعة هذه المادة، يتبين ان الاجازة المقترح منحها للحكومة، مقتصرة على تلزيم المشاريع التي لا تشكل استغلالا لمورد من مـــوارد ثـــروة البلاد الطبيعية، او لمصلحة ذات منفعة عامة. وبذلك تكون المشـــاريع التي لها صفة الاحتكار داخلة فقط في هذه الاجازة.

ولقد وضعت هذه المادة بعض الضوابط على عمليـــة التلزيـــم، فنصت على ان يوضع لهذا النوع من الصفقـــات (صفقـــات ال BOT)، دفتر شروط عام، يصدق بمرسوم يتخذ في مجلس الوزراء، ويوضـــع لكل مشروع دفتر شروط خاص، يقترن بموافقة مجلس الوزراء.

اعتبر مجلس شورى الدولة، بموجب قراره رقـــم ٥٨٥ تـــاريخ ١٩٩٦/٥/٩، المتعلق باعطـــاء وزيـــر الســـياحة لشـــركة " مابـــاس" الالمانيـــة، حق استثمار مرفق جعيتا السياحي، ان عقد ال BOT يختلف تمام الاختلاف عن امتياز المرافق العامة، ولا يحتـــاج الـــى تصديـــق السلطة التشريعية، ولا يصدر بموجب قانون، بل يخضع الى الاصـــول المرعية الاجراء بالنسبة الى عقود الادارة العادية.

غير ان القرار المشار اليه لم يبين ما هو وجه الاختلاف بيـــن عقد ال BOT وامتياز المرافق العامة، كما انه اتى بشكل مطلق ليضفـــي

على عقد ال BOT صفة العقد العادي، من دون تفريق بين حالات مختلفة من التعاقد، وما اذا كان العقد يعتبر في بعض الحالات على الأقل، امتياز مرفق عام، او عقدا اداريا .

وما يثبت هذا القول هو ان مجلس الشورى نفسه، اعتبر في قراره رقم ٦٣٨ تاريخ ٢٠٠١/٧/١٦ [١]، وفي قراره رقم ٦٣٩ تاريخ ٢٠٠١/٧/١٧ [٢]، ان عقود الامتياز لاستثمار المرافق العامة هي عقود ادارية من نوع خاص، حيث لا يمكن وصفها بانها عقود بالكامل، بل هي اعمال مختلطة تتضمن احكاما عقدية، وتنظيمية معا، لان الادارة تحتفظ بسلطتها في تنظيم المرفق العام. وان العقد موضوع المراجعة هو امتياز منح بموجب تفويض من المشرع بالقانون رقم ٢١٨ تاريخ ١٩٩٣/٥/١٣ لاستثمار مرفق وطني ولمدة محدودة، وفق احكام المادة ٨٩ من الدستور.

كما ان محكمة استئناف بيروت، قضت في قرار حديث لها، بأن العقد المبرم بين الفريقين هو من عقود ال BOT وموضوعه بناء وتشغيل مواقف السيارات في مطار بيروت الدولي، واعادتها الى الدولة عند نهاية العقد، فيكون العقد المذكور من العقود التي تسهم في تنفيذ المرفق العام، مما يجعله متسما بالطابع الاداري [٣].

---

١ – مجلة القضاء الاداري، الدولة/شركة ليبانسل ش.م.ل، ٢٠٠٤، عدد ١٦، ص ٩٩٨

٢ – مجلة القضاء الاداري، الدولة/شركة ف.ت.م.ل. F T M L ، ٢٠٠٤، عدد ١٦، ص ١٠٠٩

٣ – استئناف بيروت، غ٣، ق ١٩٩٨، ت ٢٠٠٤/١١/٢٥، العدل، ٢٠٠٥، عدد ٣، ص ٥٠٦

بمقتضى المادة ٣٧ من الدستور المصري لسنة ١٩٢٣، « ان كل التزام موضوعه استغلال مورد من موارد الثروة الطبيعية في البلاد او مصلحة من مصالح الجمهور الهامة، وكل احتكار، لا يجوز منحه الا بقانون ».

وقد استقر الرأي في تفسير هذه المادة، على ان المقصود بكلمة " قانون " هو ضرورة اصدار قانون خاص، بكل التزام على حدة [١]، وهذا ما اخذ به اجتهاد محكمة القضاء الاداري المصري [٢] .

وبعد قيام ثورة ٢٣ يوليو ١٩٥٢، وسقوط الدستور المصري لسنة ١٩٢٣ استمر العمل على تطبيق القواعد التي نص عليها الدستور الملغى .

وقد افتت الجمعية العمومية لقسم الرأي بمجلس الدولة المصري، في ١٩٥٤/١١/٢٨، بانه ولو ان الدستور المؤقت الصادر في ١٩٥٣/٢/١٠، قد خلا من النصوص المنظمة لكيفية منح الالتزام باستعمال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة، فانه باستقرار احكام الدساتير المقارنة، يتبين ان ثمة عرفا دستوريا مستقرا، يقضي بقيام نوع من الرقابة البرلمانية على السلطة التنفيذية بشأن منح التزامات المرافق العامة، او استغلال موارد الثروة الطبيعية. غير ان هذه

---

١ - سليمان الطماوي، الاسس العامة، ص ١٠١؛ سعاد الشرقاوي، العقود الادارية، ص ١٣١.

٢ - محكمة القضاء الاداري المصري، ١٩٥٦/٦/٢٤، السنة العاشرة، ص ٣٦٥

الرقابة ليست مطلقة، بل تقتصر على المرافق القومية الرئيسية، والموارد الطبيعية العامة [1].

ولقد ميز الدستور المصري لسنة ١٩٥٦، بين الالتزامات التي تتعلق باستغلال الثروات الطبيعية والمرافق العامة، وبين الالتزامات التي تتضمن احتكارا. فنص في المادة ٩٨ منه على ان « ينظم القانون القواعد والاجراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة ». وقد فسر الفقه ان هذا الدستور لم يتطلب ان يصدر الالتزام باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة بقانون، كما كان الامر في ظل دستور سنة ١٩٢٣، وانما تطلب ان ينظم القانون ذلك. مما يعني ان الالتزام يمكن ان يصدر بقرار اداري [2].

اما بالنسبة الى الالتزامات التي تتضمن احتكارا، فقد اشترط دستور ١٩٥٦ المصري، في المادة ٩٩ منه بأنه « لا يجوز منح احتكار الا بقانون والى زمن محدد ».

وبمقتضى المادة ٣٠ من دستور سنة ١٩٥٨ المصري المؤقت، « لا يجوز منح احتكار الا بقانون ولزمن محدود ». وهذا النص لم يخرج عن نص المادة ٩٩ من دستور ١٩٥٦. غير انه بالنسبة الى الالتزامات التي تتعلق باستغلال الثروات الطبيعية، او بالمرافق العامة، فقد صدر القانون رقم ٦١ لسنة١٩٥٨، الذي نص في مادته

---

[1] – فتوى رقم ٩٤٤، مجموعة ابو شادي، ص ٤٦

[2] – جابر جاد نصار، م.س.، ص ١٠٦

الاولى على انه « يكون منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة، وكذلك أي تعديل في شروط الامتياز يتعلق بشخص صاحب الامتياز ومدة الامتياز او نطاقه، او الاتاوة (العائدات) بقرار من رئيس الجمهورية، بعد موافقة مجلس الامة ».

وبمقتضى التعديل الذي نص عليه القانون رقم ١٥٢ لسنة ١٩٦٠، اصبحت موارد الثروة المائية، ومناطق صيد الطيور التابعة لوزارة الحربية، يكون منح الامتيازات باستثمارها وتعديل شروطها، بقرار من وزير الحربية، اذا لم تجاوز مدة الامتياز خمس سنوات . فاذا تجاوزت هذه المدة، فان الاصل الذي نصت عليه المادة الاولى من القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨، هو الذي يطبق.

اما دستور سنة ١٩٦٤ المصري، فلم يفرق بين الالتزامات التي تتضمن احتكارا وغيرها من الالتزامات التي تتعلق بالثروات او المرافق العامة، اذ نص في المادة ٧٤ منه على انه « ينظم القانون القواعد والاجراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة ».

وعلى ذلك فانه في ظل هذا الدستور ما يزال ساريا، ما قرره القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨، من احكام تتعلق بان يكون الالتزام، ايا كان نوعه، بقرار من رئيس الجمهورية، بعد موافقة مجلس الامة. اما فيما يتعلق بموارد الثروة المائية، ومناطق صيد الطيور التابعة لوزارة الحربية، فيكون منح الالتزام بشأنها،بقرار من وزير الدفاع، ولمدة لا تجاوز خمس سنوات .

وبمقتضى الدستور المصري لسنة ١٩٧١، لم يتغير الامر عما كان عليه في ظل دستور ١٩٦٤، حيث جاء نص المادة ٢٢ من دستور ١٩٧١ مطابقا لنص المادة ٧٤ من دستور ١٩٦٤.

غير ان التطورات الحديثة التي واكبت اتجاه الدولة نحو الخصخصة، وتفعيل دور القطاع الخاص، واشراكه في انشاء وتشغيل المرافق العامة، التي كان يجب على الدولة الاضطلاع بها، قد اقتضت تطوير القواعد التي تحدد سلطة منح الالتزام، لكي تتسم بقدر اكبر من المرونة. ومن ذلك القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧، المتعلق بمنح التزام المرافق العامة لانشاء وادارة واستغلال المطارات واراضي النزول. اذ نصت المادة الخامسة من هذا القانون، على ان « يصدر بمنح الالتزام وتحديد شروطه واحكامه، او تعديلها، وحصة الحكومة في حدود القواعد والاجراءات السابقة، قرار من مجلس الوزراء، بناء على اقتراح الوزير المختص، ولا يجوز للملتزم ان ينزل عن الالتزام الى غيره من دون اذن من مجلس الوزراء ». وهو الامر الذي نص عليه القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦، المعدل للقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٦ بشأن انشاء هيئة كهرباء مصر، والقانون رقم ٢٢٩ سنة ١٩٩٦ بتعديل بعض احكام القانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٨٦ بشأن المرافق العامة [1] .

وهكذا يلاحظ ان التعديلات المشار اليها اعلاه، قد تبسطت الى اقصى الحدود في منح الالتزام.

---

[1] - راجع جابر جاد نصار، م.س.، ص ١٠٤ - ١٠٨

ثالثا - تقديم العروض

بما ان عقود ال BOT هي، بوجه عام، من العقـــود الاداريـــة، فيطبق عليها من الاحكام القانونية، ما يطبق على العقود الادارية، بمـــا فيها تقديم العروض أي ما يطبق بشأن المناقصات العمومية.

غير ان هذا الامر ليس ضروريا، بحيث يحق للادارة المانحـــة، بحسب ما تراه مناسبا، ان تطبق احكام المناقصة، كما قد ترى تطبيـــق قواعد اخرى. ولكنه يشترط في الحالتين، ان تراعي القواعد المتعلقـــة بالمنافسة والعلانية.

وتتطلب الدعوة الى تقديم العروض : تحديد الوثـــائق الواجـــب على الملتزم تقديمها، وكراسة الشروط التي تتضمن المواصفات الفنيـــة والشروط اللازمة لابرام العقد، والتي يمكن للمشتركين الاطلاع عليـــها لاتخاذ الموقف المناسب بشأن اشتراكهم او عدم اشتراكهم، ولا سيما اذا كانت الشروط المطلوبة غير متوافرة لديهم. فاذا قرروا الاشتراك قدموا عروضهم الى الادارة المانحة، التي تتلقى هذه العروض وتختار من بين المشتركين، المرشح للتعاقد معها .

أ - تحديد وثائق المناقصة

غالبا ما تنفذ عقود ال BOT في اطار مناقصات دولية، وذلـــك نظرا لضخامة المشاريع التي تلزم بطريقتها، وما تطلبه من تكنولوجيـــا متقدمة، كما هو الامر في انشاء المطارات او محطـــات الكـــهرباء او المياه، او شق الاوتوسترادات، وسواها. حيث تتولى الاستثمارات فـــي

هذه المشاريع شركات دولية متخصصة. غير ان ذلك لا يمنع من ان تكون هذه المناقصات داخلية.

وتوفيرا للجهد والمال، وابتغاء لحسن الاختيار، تقوم الادارة المانحة،بوضع كراسة تتعلق بالشروط والمواصفات التي يجب ان يحوز عليها العارضون، والتي من شأنها الحصول على تكنولوجيا متقدمة، ومواصفات تضمن نقل ملكية المشروع الى الادارة المانحة، في نهاية مدة الالتزام بحالة جيدة. كما تتضمن الكراسة بيان المستندات والشروط والتسهيلات والمؤهلات التي يجب توافرها في مقدم العرض.

ومن الأمثلة على المؤهلات والمستندات التي يجب تقديمها من اجل مشروع توليد الكهرباء مثلا :

- افادة بالحصول على تكنولوجيات متقدمة سبق استخدامها بنجاح.

- تحديد مدة التزام تؤكد استمرارية تشغيل المحطة بنجاح لفترة لا تقل عن عشرين عاما، قابلة للتجديد، بحيث يتم نقل المحطة، في آخر المدة، بحالة فنية ذات نسبة صلاحية محددة. وفي حال انخفاض نسبة الصلاحية عن النسبة المتفق عليها، تفرض على الملتزم غرامة يتفق عليها في العقد.

- تلبية الاحتياجات من الطاقة الكهربائية، على اساس حد ادنى لعامل اتاحة الكهرباء. وتتم المحاسبة على القدرة والطاقة، على اساس اختبارات دورية نصف سنوية، لكل من القدرة ومعدل استهلاك الوقود،

وفي حالة عدم الالتزام بهذه الشروط، تفرض غرامة يكـــون قــد تــم تحديدها في اتفاقيات شراء الطاقة.

- الالتزام بالحدود الفنية التي تضمن المتطلبــــات الاساســية للجهــة الادارية المانحة، في ضوء التكنولوجيا الجديدة والاستثمار.

- عدم اشتراط جهة التمويل او نسبة التمويل المحلـــي، لكــي يــترك للمستثمر البحث عن مصادر تمويل للمشروع، بالشروط التي تحقق لـــه اقل سعر لبيع الكهرباء، يتقدم به في مواجهة المنافسين له.

- عدم وضع نسبة محددة للتصنيع المحلي، حيث تم وضع المواصفات الفنية لنظام التوليد البخاري، الذي يعطي الفرص الى المستثمرين مـــن اجل اللجوء الى التصنيع المحلي.

- تتم المحاسبة على سعر شراء الطاقة بالعملة الاجنبية، حتى لا يقرر المستثمر اية زيادة عشوائية في سعر الكهرباء، الذي يتم الاتفاق عليــه مقدما، تحسبا لاحتمال حدوث انخفاض في قيمة العملة المحلية، خـــلال مدة الالتزام، علما بان سعر الشراء يتضمن ٤٠% مكـــون اســتهلاك الوقود، وتدفع بالعملة الاجنبية لقطاع البترول، والباقي لتســـديد قيمــة المهمات التي يستورد معظمها من الخارج [1] .

---

[1] - وردت هذه الشروط في تقرير وضعه معتز كامل مرسي، بشأن تجربة الكهرباء فـــي المشروعات المنفذة بنظام ال BOT في مصر، وقد قدم هذا التقرير الى النــدوة العلميــة الاولى، ادارة مشروعات البنية الاساسية باستخدام BOT، في الفترة من ٢٩ – ٣١ ينــاير ٢٠٠١، مركز التنمية المحلية، اكاديمية السادات للعلوم الادارية، ص ٤، جــابر محمــد نصار، م.س.، ص ١١٤-١١٥

ب - كراسة الشروط

تتمتع كراسة الشروط والمواصفات المتعلقة بوثـائق المناقصــة وشروطها بمركز قانوني مهم، اذ تعتبر اساسا للتعاقد بين الجهة الادارية المانحة، ومقدم العرض، كما تعتبر جزءا لا يتجزأ من الاتفاق، حتـــى ولو لم ينص هذا الاتفاق صراحة على ذلك. وقد ايد الفقه الفرنسي اهمية الكراسة، معتبرا انه لا يصح الادلاء بـــان الاعـــلان عـــن المناقصـــة وطـــرح كراسة الشروط لا يمثل سوى دعوة الى التعاقد، ولا يتضمـــن ايجابا من قبل الادارة. فالايجاب في مثل هذا العقد يتقدم به العـــارض، وان كانت معالم هذا الايجاب وشروطه،لا تحدد الا بناء على الشـــروط والاحكام التي قررتها الادارة في كراسة الشروط [1]. وهذا ما قضت به المحكمة الادارية العليا المصرية، بقولها : الأصل هو ان مـــن يوجـــه الايجاب في العقد الاداري، انما يوجهه على اساس الشـــروط العامـــة المعلن عنها، والتي تســـتقل الادارة بوضعـــها، مـــن دون ان يكـــون للطـــرف الآخر حق الاشتراك في ذلك، وليس لمن يريد التعـــاقد، الا ان يقبل هذه الشروط او يرفضها. فاذا اراد الخروج من عطائه علـــى هذه الشروط، فان الاصل هو ان يستبعد هذا العطاء.

ويستخلص مما ذهب اليه الفقه والقضاء ان الشـــروط الـــواردة فـــي كراسة الشروط هي اساس التعاقد بين الادارة والملتزم.

---

١ – Delaubadère, traité des contrats adm., p 611.

ولكنه يصح التساؤل عن الحكم في حال التعارض بين ما يــرد في كراسة الشروط، من جهة، وبين ما هو منصوص عليه في الاحكـام القانونية للمناقصات.

فهل يؤخذ بما ورد في كراسة الشروط ؟ او بما ورد في الاحكام القانونية للمناقصات ؟

يستخلص الجواب على هذا السؤال مما يتضمنه العقد. فاذا نـص هذا العقد صراحة على الاحالة الى الاحكام القانونية للمناقصات، فتكون هذه الاحكام هي القاعدة القانونية التي تشكل اساس التعاقد. اما اذا خـلا العقد من مثل هذه الاحالة، فيقتضي تغليب الشروط الواردة في كراســة الشروط على سواها. وذلك لانه كما اسلفنا، لا تعتبر الادارة، في جميـع الحالات مقيدة بالاحكام القانونية التي ترعى المناقصات بل يمكنــها ان تخرج عليها للأخذ باحكام اخرى.

وبهذا المعنى أفتت الجمعية العمومية للفتوى والتشريع، بمجلـس الدولة المصري، بان لائحة المناقصات والمزايدات، لا تعتــبر جــزءا مــن العقد، ما لم يتضمن العقد احكامها او الاحالة اليــها، باعتبارهـا جزءا مكملا له. وانه اذا تضمن العقد مخالفة صريحة لاحكام اللائحـة، تكون العبرة باحكام العقد نفسه [1] .

---

[1] - الطعن رقم ٩٤ لسنة ٩ ق جلسة ١٩٦٥/١٢/١١، المجموعة في ١٥ ســنة، المبــدأ ١١٨ ص ٢٠٦، وحكمها في الطعــن رقــم ٢٨٧ لســنة ١٥ ق جلســة ١٩٧٤/٦/٢١، الموسوعة الادارية، ح ١٨، ص ٦٩٣

ج - الاعلان عن المناقصة

يعتبر الاعلان عن المناقصة اجـــراء اساســيا لا تتــم بدونـــه. وبمقتضاه توجه الدعوة الى كل الملتزمين للاشتراك بالمناقصة، والتعاقد مع الادارة. وهو يتضمـــــن دعــوة الـــى الاطـــلاع علـــى الشـــروط الموضوعيـــة التي يتم على اساسها تقديم العروض الى الجهة الاداريـــة المانحة.

ومن حيث الاساس القانوني، لا يشكل الاعلان عـــن المناقصـــة ايجابا موجها من الادارة الى من يريد التعاقد معها، بـــل هـــو مجـــرد دعـــوة الى التعاقد.

ويجب ان تكون المناقصة علنية، من اجل تحقيق مبـــدأ حريـــة المنافسة. كما يجب ان تبنى على مبدأ المساواة بيـــن العـــارضين. وان الاعلان عن المناقصة من شأنه ان يؤمن مبدأ العلانية ومبدأ المساواة .

د - اثبات الاهلية والقدرة

يجري الاطلاع علـــى المناقصـــة وشـــروطها، عـــن طريـــق الاعـــلان، ويتوجب على من يريد الاشتراك في المناقصـــــة ان يقـــدم عرضه. ولكنه قبل تقديم العرض، يقتضي اثبات اهليته وقدرتـــه علـــى تنفيذ المشروع.

- اهلية المتعاقد

على المتعاقد ان يثبت اهليته وقدرته على تنفيذ المشروع. ويتـــم ذلك باحدى طريقتين.

الطريقة الاولى : تقديم الخبرة والمستندات المثبتة لها

يقوم المتعهد بتقديم عرضه، مرفقا به المستندات التي تثبت خبرته السابقة كاشتراكه في مشاريع مشابهة، او المدة الطويلة التي عمل خلالها في مشاريع سابقة. وسواها من المستندات التي تثبت قدرته وخبرته ومهارته والمعدات اللازمة لتنفيذ المشروع وسواها.

الطريقة الثانية: تقديم المستندات المثبتة للخبرة، قبل تقديم العرض

قد تعمد الادارة، قبل تقديم العرض، الى الطلب من المتعهدين تقديم المستندات المثبتة لخبرتهم. فتطلع عليها، وتعلن عن اسماء المقبولين لتقديم عرضهم. وبذلك تجنب المتعهدين الذين لا يحوزون الشروط المفروضة، من تقديم اوراق واضاعة وقت ونفقات، ثم رفض عروضهم. كما تتجنب هي ايضا اضاعة الوقت والنفقات. فتقصر الدخول في المناقصة على بعض المتعهدين الذين تكون لديهم المؤهلات المطلوبة، خصوصا من النواحي الفنية والمالية. وقد يتجمع عدة شركات بالاتحاد فيما بينهم (Consortium) لتقديم المستندات المثبتة للمؤهلات، ولتقديم عرض مشترك.

يرى البعض ان الدعوة الى تقديم المستندات واثبات المؤهلات قبل تقديم العرض، ذات فائدة كبيرة سواء بالنسبة الى الادارة او المقاول.

فبالنسبة الى الادارة، فهي تساعد في تقويم مؤهلات الملـــتزمين بسرعة على اساس تنافس محصور بين اصحاب الكفـــاءات مــن ذوي الموارد، ومستوى الايدي العاملة، والخبرة الضرورية والمعدات اللازمة للقيام بتنفيذ المشروع المطلوب.

وبالنسبة الى الملتزمين، فان التكلفة التي يتحملونها في الاجابـــة على ما هو مطلوب منهم من مؤهلات، هي اقـــل مـــن الكلفـــة التـــي يتحملونها، فيما لو ارفقوا المستندات المثبتة للمؤهلات مع العرض.

وبالتالي فالدعوة الى اثبات المؤهلات اكثر انطباقا على التنفيـــذ بطريق عقود ال BOT .

هـــ - محتويات العرض

وبعد اثبات اهلية المتعاقد، يبدأ هذا الاخير الاعداد لتقديم عرضه وفقا للشروط والقيود والمواصفات الفنية والمالية التي اعلنتـــها الادارة المانحة. وعليه ان يتقيد بالمواعيد والاجراءات التي حددتها هذه الادارة.

وعلى المتعهد ان يحدد في عرضه مصادر تمويل المشـــروع، وذلك عن طريق خطة مالية، تعين مصادر هذه التمويل، والضمانـــات التي تكفل تنفيذها. كما يجب ان يتضمن عرضه الخرائط والرســـومات الخاصة بالمشروع، وخطة التنفيذ ومراحله الزمنية.

ومن الامثلة على ما يتضمنه العرض :

١ - **خطة ادارة المشروع** : وتتضمن الهيكل التنظيمي لـــه، وخـــبرات فريق العمل الرئيسي في كل نشاط مـــن انشـــطة الـــهيكل التنظيمـــي.

والجدول الزمني لتنفيذ جميع مراحل المشروع، وخطة مراقبة تطبيق المعايير البيئية.

٢ - **المكون الفني للعرض** : ويتضمن وصفا تفصيليا للمكونات الرئيسية للمشروع، يوضح فيه استخدام تكنولوجيا معينة، والرسومات التخطيطية والهندسية للمشروع، وقوائم البيانات الفنية، وخطة التشغيل والصيانة، وتسجيل المعلومات وحفظها وخطة المخزون، وقطع الغيار وسواها.

٣ - **المكون السعري للعرض** : ويتضمن اسعار بيع الخدمات، ومعدلات الاستهلاك.

٤ - **المكون التجاري للعرض** : ويتضمن خطة التمويل، والترتيبات اللازمة لانشاء وتشغيل المشروع، ونسبة المكون المحلي للمعدات والخدمات الرئيسية.

٥- **المعلومات المساعدة** : وتتضمن التكلفة الرأسمالية للمشروع، موزعة على اجزائه، وقوائم الدخل، والنفقات النقدية، مع إيضاح الفرضيات المنوي استخدامها، بالاضافة الى المصاريف السنوية للمشروع.

و - تقويم العروض واختيار المتعاقد

على المتعهد الذي يريد الاشتراك في المناقصة، ان يقدم عرضه وفقا للقواعد والشروط والمعايير التي اعلنت عنها الادارة في كراسة الشروط. ولكنه يصح التساؤل عما اذا كان يحق للمتعهد ان يبدي، في

عرضه، تعديل بعض الشروط، او ان يضيف شـروطا اخـرى، او ان يبدي بعض التحفظات على القواعد والشـروط المعلنـة فـي كراسـة الشروط ؟

يذهب بعض الاجتهاد الاداري الى ان الاصل هو ان من يوجـه الايجاب في العقد الاداري، انما يوجهه على اساس الشـروط العامـة المعلن عنها، والتي تسـتقل الادارة بوضعـها، مـن دون ان يكـون للطـرف الآخر حق الاشتراك في ذلك. وليس لمن يريد التعاقد الا ان يقبل هذه الشروط او يرفضها، فاذا راى الخروج في عطائه، عن هـذه الشروط، فان الاصل هو ان يستبعد هذا العطاء، الا اذا كان الخـروج مقصورا على بعض التحفظات التي لا تؤثر على الشروط الجوهريـة المعلنة [١] .

ويذهب الفقه الفرنسي الى ان المقصود بالتحفظـات هـو تلـك الاشتراطات الخاصة التي يلحقها مقدم العرض بعرضه، ويرمـي مـن ورائها الى التحفظ على احد شـروط المناقصة، او حتـى الخـروج عليها [٢] .

ويرى بعض الاجتهـاد المصـري ان كـل شـرط يضعـه مقدم العرض في عرضه، ويكون مختلفا عن الشروط التي تضعها جهة

---

[١] – المحكمة الادارية العليا المصرية، ١٩٦٧/١٢/٢، طعن رقم ٣٣٣ س ١٠ المجموعة، رقم ١٣، ص ١٦٦

[٢] – Delaubadère, traité de dr. adm., 15 éd., t 1, dr. adm. Gén., L.G.D.J., Paris, 1999, p 873.

الادارة، او يكون غير وارد فيها، يعتبر تعديلا من المناقص لشروط العرض، او بعبارة ادق، يعتبر تحفظا منه، مقترنا بعرضه [١].

وتختلف انواع التحفظات، فقد تكون مالية او غير مالية. فالتحفظات المالية، هي تلك التي تتعلق بطريقة الدفع في العقد المنوي ابرامه بين مقدم العرض، في حال قبول عرضه، والادارة المانحة، كاشتراط طريقة محددة للدفع، او اشتراط اجراء المحاسبة على اساس الزيادة التي قد تطرأ على المواد الخام، او التحفظ لجهة وجوب ان يؤخذ بالاعتبار الاعباء الضريبية، التي قد تستجد بعد قبول العرض، او تحديد طريقة معينة لدفعات مسبقة على الحساب، وغيرها من التحفظات المالية.

اما التحفظات غير المالية، فغالبا ما تتعلق بظروف العمل، كاشتراط بدء سريان العقد مع تسليم مواقع العمل، كما هو الامر في عقود الانشاءات وتشييد الابنية والمصانع وسواها، او اشتراط زيادة مدة التسليم، بقدر مدة التأخير في صرف المستحقات، او تحفظات فنية تتعلق بالمواصفات الفنية، او شروط الصيانة، او غير ذلك.

وقد افتت الجمعية العمومية للفتوى والتشريع المصرية،باقرار وجود هذين النوعين من التحفظات. ففي التحفظات المالية، ذهبت الى ان تحفظ جميع المتناقصين بعطاءاتهم على اساس المحاسبة عن اية زيادة تحدث في اسعار مواد البناء، خلال تنفيذ العملية، ورسو العملية

---

[١] – محكمة القضاء الاداري المصري، دعوى رقم ١٧٥٣، جلسة ١٩٥٧/٥/٢٨، س ١٠ ق المجموعة س ١١ ص ٤٠١

على ارخص العطاءات، وخلو قرار لجنة البت من أي تعليق او رفض لهذا التحفظ، يكون معه قد تم قبول الايجاب المقدم منه، بالوضع الذي تقدم، ويكون التعاقد قد تم فعلا على اساس الشروط التي تقدم بها، بما في ذلك التحفظ الذي قدمه [١] .

اما في التحفظات غير المالية، فقد قررت الجمعية العمومية المذكورة، ان الأصل المقرر في تنفيذ العقود الادارية، وفحواه انه لا يجوز للمتعاقد مع الجهة الادارية، ان يتقاعس او يتراخى في تنفيذ التزاماته المقابلة، هذا الأصل يجوز للطرفين الخروج عنه عند التعاقد، خاصة اذا ما قدر ان عدم تنفيذ الجهة الادارية للالتزاماتها يعجز المتعاقد معها عن تنفيذها في الميعاد المحدد [٢] .

ز - اللجنة المختصة بدرس العروض والتحفظات

بعد تقديم العروض والتحفظات تقوم اللجنة المختصة بدراستها، ثم تختار المتعاقد المناسب، في كل عرض على حدة، اذ ليس ثمة قواعد موحدة، بل تستطيع هذه اللجنة ان تضع القواعد التي تستند اليها في اختيار المتعاقد في كل حالة على حدة، وان كان يشترط في هذه القواعد ان تتحقق العلانية والمساواة وحرية المنافسة بين العارضين.

---

١ - فتوى رقم ٤٧ ت ١٩٨٤/١/١٧، ملف رقم ١٤/٢/٧٨ جلسة ١٩٨٣/١١/١٦، مجموعة المبادئ القانونية التي تضمنتها فتاوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، س ٣٧-٣٨ - ، ص ٣٧٣

٢ - فتوى رقم ٥٣٢ ت ١٩٩٣/٧/٤، ملف رقم ٢٩٥/١/٥٤، مجموعة المبادئ، ج ٢، من اول آذار حتى آخر ايلول ١٩٩٣، المكتب الفني لمجلس الدولة، ١٩٩٣

غير ان اختيار اللجنة للمتعاقد لا يعني ابرام العقد، بـل لا بـد من ان يتم ابرامه من قبل السلطة المختصة، وقبل ذلك لا بـد من وضع مشروع العقد بعد مفاوضات بين الطرفين، كما نبين ذلـك فيما يأتي :

رابعا - اعداد مشروع عقد ال BOT وصياغته

أ - مرحلة المفاوضات

يعد التفاوض ركيزة اساسية لمفهوم او تطور القانون العام للعقد، وذلك في الاطار الذي تدور فيه مختلف المسائل موضوع التفاوض.

ومرحلة التفاوض هي من الوسائل المتبعة في تسـهيل عملية التقاء ارادة افراد التعاقد، والتوصـل الـى التوفيـق بيـن المصـالح المتعارضة للمتفاوضين، ولا سيما في عقود الاتفاق بالتراضي.

وبما ان عقد ال BOT غالبا ما يدور في اطار دولي، وبالتـالي فإن التفاوض بشأنه يدور في هذا الاطار ايضا، فانه يمتـاز بصعوبـة التفاوض، اذ ان هذا التفاوض، مع بيوت الخبرة العالمية العاملـة فـي مجال نقل التقنيات الحديثة، يشكل مسألة صعبة وشـائكة، وذلـك لان صاحب المعرفة الفنية، غالبا ما يحاط، عن طريـق ضمانـات كافيـة تكفـل له التأكد من المحافظة على سرية المعلومات التي قد يدلى بـها في مرحلة التفاوض، كوسيلة الترغيب في التعاقد، واضعا في الحسـبان ان مرحلة التفاوض قد تنتهي اما بابرام العقد او بعدم ابرامـه ولذلـك يتغلب المتفاوضون على هذه العقبة، باحدى الوسائل الآتية : اما بطلـب

تعهد كتابي سابق (Engagement écrit préalable) او تعهد مؤسس على الثقة (Engagement basé sur la confiance) او دفع مبلغ من المال مسبقا (Paiement préalable d'une somme d'argent) .

وتقوم المفاوضات بدور مرموق في عقود ال BOT ، حيث ترتكز على التبني الكامل لفكرة الحرية التعاقدية، بما يعني ان كل امر قابل للتفاوض. وقد نتج عن ذلك آليات قانونية مستجدة، واغناء في الصيغ العقدية.

تتولى المبادرة في بدء المفاوضات، الادارة المانحة، التي تحدد بدقة، كما رأينا، موضوع المشروع المراد انجازه، وقد تختار احدى الشركات المرشحة للدخول معها في مفاوضات حول مختلف عناصر المشروع، التي قد تؤدي الى ابرام العقد، وفقا للشروط والنتائج التي قد يتمخض عنها التفاوض.

ويعني التفاوض تبادل الاقتراحات والمساومات، والكتب والتقارير والدراسات الفنية، والاستشارات القانونية التي يتبادلها اطراف التفاوض، ليكون كل منهم على بينة من افضل الشروط القانونية التي تحقق مصلحة الاطراف، وما قد يسفر عنه الاتفاق من حقوق والتزامات للطرفين.

ويقتضي ان تدور المفاوضات في اطار من حسن النية، كمبدأ اساسي للعقود. والمقصود بحسن النية، بوجه عام، هو ان يبذل كل فرد الجهد المعقول والعناية اللازمة، والتزام الصدق في تنفيذ الالتزامات. وبذلك يصبح كل طرف على بينة من امره، في ظل مناخ

يسوده التعاون، بحيث يصبح كل طرف على بينة مما يدور حوله فيبني مفاوضاته على وجه صحيح.

ولا يخفى ما للصراحة والافصاح عن الارادة والشفافية من قبل الادارة المانحة، من اثر فعال في نماء المشاريع الانمائية. وذلك لان الاحاطة بالمميزات والعقبات التي قد تواجه المستثمر، من شأنها ان تحقق لديه امكانية احتمالات نجاح المشروع، من خلال اطلاعه على التشريعات المنظمة للانشطة الاستثمارية، والمؤثرة فيها، ولا سيما تشريعات العمل والضمان والشركات والارباح والضرائب المرتبطة بصورة مباشرة او غير مباشرة، بابرام العقد وتنفيذه. وان الاعداد الجيد في مرحلة المفاوضات، مع ما يسفر عنه من اتفاقات تمهيدية، من شأنه ان يحول دون نشوء النزاعات فيما بعد.

ويحدد مضمون الاتفاقات التمهيدية، شكل المستندات المعدة للتبادل بين الطرفين ومحتواها. وقد درجت العادة بوضعها تحت تسميات مختلفة، منها : بروتوكول، او مذكرة التفاهم، او خطاب التفاهم، او خطاب النوايا (Les lettres d'intention)

وعادة ما تطلق هذه التسميات على مجموعة مستندات متنوعة جدا، في فحواها ومضمونها، يغلب فيها طابع العمومية، وكثيرا ما ينقصها الدقة، مما يجعل مهمة التكييف القانوني الموحد لها، وبالتالي الوقوف على نية الطرفين المتعاقدين امرا صعبا.

والمفاوضات في العقود، بوجه عام، هي المنطلق الاساسي لابرامها، وهي تستمر قائمة حتى لحظة اقتران الايجاب بالقبول. غير

ان عقد ال BOT يتميز ببعض السمات والاوضـــاع الخاصـــة، التـــي تفرقـــه عن العقود بصورتها العامة. وذلك لانه يدور في اطار العقـــود الادارية. ومن سمات هذه العقود ان تفرض على المتفـــاوضين اتبـــاع احكام قانونية يتوجب عليهم اتباعها، وبالتالي يكون مجال حريتهم فـــي التفاوض محدودا.

وبما ان ابرام بعض العقود الادارية غالبا ما يســـتلزم تضـــافر جهود مـــن اخصـــائيين، منـــهم القـــانونيين والمهندســـين والاطبـــاء والاقتصاديين، ورجال المال والاعمال، ولا بد مـــن ان يقـــدم هـــؤلاء جميعا، وثائق مختلفة واتفاقيات اقليمية ودولية، وبالتـــالي فـــان بعـــض العقود الادارية ولا سيما عقود ال BOT تستلزم جهودا شاقة، تحتاج الى تضافر وتعاون بين مختلف الاخصائيين، ولذلك فان عمليات التفـــاوض في عقود ال BOT قد تحتاج الى وقت طويل قد يستغرق عـــدة شـــهور وربما سنوات من العمل المتواصل، والاعداد تمهيدا لابرام العقد.

من اجل صحة المفاوضات وسلامتها، يقتضي، قبل البدء بـــها، الاستعلام عن الطرف الآخر، ولا سيما الملـــتزم، وكفاءتـــه وقدرتـــه وسمعته، لكي يدخل المتفاوضون ساحة المفاوضات على خلفية متينـــة تؤدي الى حسن التعاقد وسلامة التنفيذ.

كما لا بد من الاطلاع على القواعد والقوانين والاعراف والتقاليد التي تسود المجتمع الذي يجري التنفيذ لمصلحتـــه، ومعرفـــة معناهـــا ومغزاها. وتعتبر هذه المعرفة من المعايير المستخدمة لتفسير العقد.

كما يقتضي معرفة القواعد العامة وقواعد النظام العام، والقواعد القانونية المكملة او المفسرة، وهي تطبق على العقد، ولو لم يرد ذكرها فيه.

ولا بدّ من تبادل المعلومات بصدق وثقة بين طرفي العقد. وهذه هي الركيزة الاساسية لقاعدة حسن النية في فهم وتفسير وتنفيذ العقود، المنصوص عليها في المادة ٢٢١ موجبات وعقود، بما يأتي : « ان العقود المنشأة على الوجه القانوني تلزم المتعاقدين. ويجب ان تفهم وتفسر وتنفذ وفاقا لحسن النية والانصاف والعرف ».

عادة ما تبدأ مرحلة التفاوض بالجانب الفني من المشروع، وبخطة التشغيل والصيانة (Les négociations techniques) . وبعد ذلك، وفي ضوء احتياجات كل من طرفي العقد، ومدى قدرته على الاستجابة الى هذه الاحتياجات، تبدأ المفاوضات القانونية (Les négociations juridiques) التي تستهدف تحديد شروط التعاقد واحكامه، واعداد الصياغة القانونية لجوانبه الفنية من اجل ادراجها ضمن بنود العقد او ملحقاته على شكل نصوص تستجيب للاحكام القانونية.

وبنتيجة المفاوضات القانونية، تتم صياغة بنود العقد في ضوء المفاهيم والاحكام والنصوص القانونية، ومنها : مدة العقد ومواعيد التنفيذ ومراحله، وصيانة المعدات والآلات والادوات، والضمانات المصرفية، ومصادر التمويل، والغرامات المالية، وسائر الضمانات القانونية، وتحديد المحكمة المختصة للفصل في النزاع، والقانون الواجب التطبيق. ولذلك فان المفاوضات القانونية تحتاج الى فريق من القانونيين

يتمتع بقدرة عالية ودراية كافية بالانشطة المتنوعة موضـــوع عقـد ال BOT وبالانظمة القانونية المختلفة. مما يجعل توافر الخبرة القانونية في فترة التفاوض، امرا بالغ الاهمية من اجل سكب شروط العقد واحكامـه وملحقاته في صياغة قانونية سليمة، وهذا ما يؤدي الى اتســاق العقـد وانسجامه مع كافة الوثائق المرتبطة به .

بما ان الصراحة والشفافية قاعدة اساسية من قواعد التفـــاوض، فينتج عن ذلك انه من غير الملائم ان يجري التفاوض مع ملـــتزم، اذا تبين انه غير كفوء لاتمام المشروع علـــى وجـه صحيـح. كمـا ان المفاوضات يجب ان تتوقف اذا تبين ان المفاوض لا يتمتـــع بـالخبرة الكافية للقيام بالعمل، وبالتالي لاجراء التفاوض، ولم يســتعن بمراجـع اخرى لمساعدته.

ب – صياغة مشروع عقد ال BOT

لا يخفى ما لصياغة مشاريع العقود من اهميـــة، وذلـك لانـــها الوسيلة التي بمقتضاها يجري نقل التفكير بالتعبير عنه، بما يقيم تواصلا وتفاهما ووضوحا بين النص من جهة، وطرفي الرابطة العقدية من جهة اخرى . فاذا افرغت الصياغة وفقـا للاصـول والقواعـد القانونيـة، وتضمنت استعمال المصطلحات القانونية في معناها الحقيقي المعبر عن ارادة طرفي العقد، فيؤدي ذلك الى الوضوح والشفافية، ويجنب العقـــد سلوك طريق التقاضي، واجراءاته، وتفسيره بما يتلاءم مع نية الطرفين. ولذلك فدور القائم بصياغة العقد دور فعال ومؤثر، وعليه ان يكون ملما بالصياغة، وذا قدرة على استخدام اللغة القانونية المناسبة التي من شأنها

التعبير عن المعنى المطلوب بدقة تامة، فيضمن تطابق الكلمات والعبارات المختارة للمفاهيم المراد التعبير عنها. وليس هذا بالامر السهل طالما انه يجسد افكارا مختلفة، ذات اختصاصات متعددة. فلغة المحاسب ومفاهيمها ومصطلحاتها، تختلف عن لغة المهندس او الطبيب او الكيمائي او القانوني وغيرهم، وعلى من يقوم بصياغة العقد ان يكون ملما بالعبارات والمفاهيم المتعددة التي تدل بوضوح على المقصود وما تفاهم عليه المتعاقدان.

ولذلك يتعين اختيار المصطلح القانوني الدقيق. فكلمة البطلان مثلا، تختلف في معناها القانوني عن الانعدام وفسخ العقد والغائه. كما ان التشريعات قد تختلف في تحديد مصطلحاتها. فكلمة فسخ العقد في التشريع اللبناني مثلا، تعني الغاءه في تشريعات سائر الدول العربية. وتعبير " غرامة اكراهية "، في التشريع اللبناني، تعني "غرامة تهديديه " في تشريعات سائر الدول العربية وتعبير " بند جزائي" في القانون اللبناني، يعني " شرط جزائي" في تشريعات سائر الدول العربية.

وتعبير " التعاقد لمصلحة الغير" في التشريع اللبناني، يعني " الاشتراط لمصلحة الغير" في سائر القوانين العربية.

واذا كان توقف العقد وزواله يستنتج من كل من التعابير الآتية : البطلان والفسخ والالغاء والانعدام. فان لكل من هذه المصطلحات معنى خاصا يختلف عن معنى المصطلح الآخر.

وان تفسير العقد يضعه بين يدي قاضي الاساس الذي عليه ان يستخلص نية الفريقين وفقا للاصول المنصوص عليها في المواد ٣٦٦- ٣٧١ من قانون الموجبات والعقود. فليس من الملائم ان تأتي صياغة العقد بشكل تحتاج معه الى التفسير، وبالتالي ولوج ابواب المحاكم. ولذلك فبقدر ما تكون صياغة مشروع العقد واضحة ومفهومة ومعبرة عن ارادة الفريقين المتعاقدين، بقدر ما تكون ناجحة ومفيدة وبعيدة عن مطبات الغموض والتأويل والتفسير، وعن كل ما قد يثير خلافا حول حقيقة المعنى المقصود بالكلمة او المصطلح.

وفي الواقع العملي ثمة فرق مثلا بين عقد ال BOT أي الانشاء والتشغيل ونقل الملكية، وبين عقدا ال.B.L.T أي الانشاء والتأجير ونقل الملكية. ولذلك يجب ان تكون صياغة العقد معبرة عن نية الفريقين، فلا يحصل اشكال حول طبيعته، كأن يكون مثلا BOT او .B.L.T

والحقيقة هي ان الصياغة القانونية للعقد تتطلب مرونة ودقة في آن واحد،بغية انتقاء العبارات الواضحة من جهة، والمطاطة من جهة اخرى، اذ يقتضي الامر اعتماد صياغة للعقود تحتوي على ضمانات ذاتية، تسمح للمتعاقد الوصول الى حقه بالاعتماد على النص التعاقدي، وليس الرجوع الى مبادئ عامة خارج اطار العقد، مما قد يؤدي الى عدم امكانية الاستجابة لتطبيق هذه المبادئ، وبالتالي اضاعة فرصة المحافظة على حقوق المتعاقد.

وقد ادى تزايد مشاريع ال BOT الى اعتماد صياغة قانونية تعتمد دوليا، وان لم تكن موحدة، فهي متقاربة فيما بينها، بشكل يجعل

منها مرجعا او قاعدة يمكن الركون اليها، واعتمادها لدى صياغة أي عقد جديد. فثمة بعض المبادئ التي يمكن اعتمادها، بصورة عامة، والبعض الآخر يمكن اعتماده بعد تطويره بما يتناسب مع المعطيات السائدة في البلد الذي يتم فيه التنفيذ.

ج - اعداد مشروع عقد ال BOT

بعد الانتهاء من المفاوضات، والاتفاق المبدئي بين المتعاقدين يتم الانتقال الى مرحلة اعداد مشروع العقد. وقد يرى الطرفان توقيع عقد ابتدائي قبل ابرام العقد النهائي. وفي كلا الحالتين يتضمن العقد الاقسام الآتية :

١ - المقدمة Le préambule

لا بد في كل عقد من مقدمة تتضمن لفت النظر الى اتفاق الفريقين، والاعمال موضوع التعاقد، والاشارة الى المفاوضات التي تمت بين الفريقين والمستندات وكراسة الشروط، ومراحل التنفيذ واهمية كل مرحلة، والتصميم على التعاقد وصحة الرضى واسم كل من الادارة المانحة والمتعهد . وتشكل المقدمة هذه جزءا لا يتجزأ من العقد.

٢ - التعاريف او التعريفات Les définitions

ان هذه التعاريف هي عادة انكلوساكسونية في الاساس، ولكنها حاليا معتمدة في معظم دول العالم. ويتم تنفيذها بادراج تعريف للمصطلحات والتعابير والكلمات المستعملة، وذلك في المادة الاولى او

المواد الاولى من العقد، وهي تشمل التعابير الرئيسية التي يتكرر استعمالها في المواد التالية :

تتصف هذه العادة بالدقة، في التعابير المستعملة، وينتج عن وضع التعاريف نتيجتان مهمتان هما :

النتيجة الاولى : هي انه يجب استخدام العبارات المعرفة في كل مرة يراد فيها استعمال هذه العبارات، والاقلاع عن استعمال مرادفاتها.

النتيجة الثانية : يجب ان تكتب العبارات المعرفة بحروف نافرة En relief في متن النص. كأن توضع مثلا بحروف التاج En majuscules وذلك تجنبا للاخطاء التي يمكن وقوعها، اذا ما خلط بين العبارات المعرفة وسواها من العبارات، ولتجنب امكان تفسير العقد بما لا يتفق مع قصد المتعاقدين.

ومن المناسب ان تكون الكلمات والتعابير المعرفة قليلة العدد لكي تؤدي دورها الحقيقي، والا كانت عرضة للبس والاختلاط، وتفسير العقد بشكل يتيح تأويل المعاني وتضاربها. وتقوم التعاريف بدور مهم في تفسير العقد.

٣ - موضوع العقد L'objet

يشير العقد الى موضوعه، فيصف المشروع المزمع انشاؤه مبينا مقدماته المادية والمعنوية، وذلك باجمال واقتضاب، لان تفصيله يأتي عند الكلام عن موجبات كل من الطرفين.

وعادة ما يدرج في بنود العقد موجبات كل من المتعاقدين وحقوقهم المتقابلة، كما يدرج تعريف لموضوع العقد يتضمن ملخصا له، ثم يتوالى شرحه وتفصيله في عشرات الصفحات التالية. ويكون ملخص موضوع العقد مهما، ولا سيما في تعريفه وتعابيره التي يجب ان تكون دقيقة ومحددة، لتعطي صورة واضحة عن محتوى الموضوع والهدف منه، والا اتت مشوهة لمعناها الحقيقي وناقصة، وكانت مثارا للجدل والتفسير.

يقتضي ان يحدد العقد موجبات كل من المتعاقدين، مع الأخذ بعين الاعتبار ان الادارة المانحة تتوخى الحصول على تنفيذ جيد للمشروع، باقل كلفة ممكنة. وهذا يعني انه في عقود ال BOT ، تجتهد الادارة المانحة، لان تفرض على المستفيدين من المرفق العام الذي ينفذه الملتزم، أقل ما يمكن من اسعار بينما يبتغي المتعهد الحصول على افضل ما يمكن من الارباح، في ضوء تنفيذ جيد للمشروع. ولا بدّ من مراعاة مصالح الفريقين المتعاقدين، بالرغم من تعارضها في بعض الاحيان، وذلك تطبيقا لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود.

تشمل موجبات الملتزم تفصيل التزاماته بدقة ووضوح، بما فيها مراحل تنفيذ العمل، والمدة اللازمة لذلك، والآلات والادوات المستعملة، ومواصفات العمل والمواد الاولية، وكل ما يتعلق بشروط العمل والعاملين فيه، وكل ما يجب استيراده، او استعماله من مواد مصنعة في الدولة المانحة، وكيفية ادارة المشروع وصيانته تحت مراقبة الادارة ومدة الالتزام، وكيفية نقل الملكية. والتزام المتعهد بتقاضي سعر محدد

توافق عليه الادارة، واذا اقتضى الامر زيادة السعر بفعل الظروف وتبدل الاسعار فلا بدّ من الاشارة الى موافقة الادارة على ذلك.

وتشمل موجبات الادارة المانحة تسليم مواقع العمل، وحفظ حق المتعهد، ولا سيما لجهة عدم منافسته في مشروع مماثل، وتخويل حق الاستثمار طول المدة المتفق عليها، ومراعاة حقوقه في استيفاء الرسوم المتوجبة له على المستفيدين من المرفق العام، وفي حالة الظروف الطارئة وفعل الامير.

وقد يتضمن الاتفاق بندا يشير الى التزام المتعهد بدفع الضرائب المفروضة على نشاطه، او اعفائه منها، او من بعضها، خلال مدة معينة.

وتختتم احكام العقد بالنص على مسائل متفرقة تشير الى فسخه، وأثر القوة القاهرة عليه، والظروف الطارئة والضمان، وفض المنازعات، واختيار القانون الواجب التطبيق.

ويضاف الى العقد عدة ملاحق تشتمل على الخرائط والرسومات والمواصفات، وبرامج العمل، وغيرها من المسائل الفنية. وعادة ما ينص العقد على اعتبار هذه الملاحق جزءا لا يتجزءا منه.

٤ - لغة العقد

بما ان عقد ال BOT غالبا ما يتمتع بصفة دولية، نظرا لان الشركات التي تتعاقد مع الدولة لانشائه وتنفيذه، عادة ما تكون من جنسيات مختلفة.

وبما انه في العقود الدولية يقتضي الاتفاق على لغة العقد، وقد يتفق على تحريره بعدة لغات. وفي هذه الحالة الاخيرة يقتضي الاتفاق على اللغة المعتمدة عند وقوع خلاف في التفسير. كما يقتضي ان يحرص العقد على اعداد قائمة بمعاني المصطلحات المستعملة فيه، اتقاء لاختلاف مدلول هذه المصطلحات في اللغات المعتمدة. وقد تضاف هذه القائمة كملحق للعقد. واذا عين العقد اللغة او اللغات المعتمدة لتحريره، وجب تحرير ملاحق العقد بهذه اللغة او اللغات، كما تجري بها المراسلات التي يتبادلها اطراف العقد.

ولكن بما ان عقد ال BOT ينعقد بين المتعهد والادارة المانحة في بلد معين. وبما ان القانون يفرض على الادارة المانحة ان تكون اللغة المستعملة هي لغة الجنسية، كما هو الامر في نص المادة ١١ من الدستور اللبناني التي تقضي بان اللغة العربية هي اللغة الرسمية. اما اللغة الافرنسية فتحدد الاحوال التي تستعمل بها بموجب قانون.

وقد يتأتى عن اللغة التي يصاغ بها العقد مشاكل عديدة، من الصعب ايجاد حل واضح لها، بالنظر الى معنى الكلمة التي تستعمل في العقد، والتي قد لا يوجد معنى مشابه لها تماما في اللغة الثانية، مما يخلق التباسا يصعب حله. ولذلك يقتضي الامر كتابة العقد بلغة معينة، قد تكون لغة الجنسية، وترجمته الى لغة البلد الذي ينفذ فيه العقد. مما يوجب الرجوع الى تفسير النص باللغة التي تمّ الاتفاق على اعتمادها في العقد . وبالفعل فالمادة السادسة المعدلة بتاريخ ١٩٩٨/٧/٢٢ من العقد مع ليبان بوست تنص على انه ينظم عقد الاتفاق الموقع من

الفريقين باللغتين العربية والانكليزية، ويكون لهما القوة الثبوتية ذاتها، ويقوم الملتزم، لهذه الغاية، وعلى نفقته، وبعد موافقة الوزارة، بترجمة هذا المحضر الى اللغة الانكليزية، خلال مهلة ثلاثين يوما من تاريخ التوقيع عليه، على ان تقترن النصوص المترجمة بموافقة الفريقين لتصبح نافذة.

اما نص هذه المادة، قبل التعديل فكان يقضي باعتماد اللغة الانكليزية وحدها في كتابة العقد وتفسيره.

خامسا - ابرام العقد ودخوله مرحلة التنفيذ

يتم ابرام عقد ال BOT بتوقيعه من الطرفين. ولذلك يوقع عن الجهة الادارية المانحة من هو مفوض قانونا بالتوقيع عنها. وقبل ذلك، وكما رأينا سابقا، وعملا باحكام المادة ٨٩ من الدستور اللبناني فانه في عقد ال BOT الذي ينشأ عنه منح امتياز للمتعهد، يقتضي ان يتم ذلك بقانون.

واذا كان العقد ممولا من احد المصارف، او عن طريق دولة اخرى، منحت قرضا لهذه الغاية، فقد تشترط موافقة المصرف المشار اليه، او الدولة المذكورة، قبل البدء في تنفيذ العقد. وقد لا تعطى الموافقة الا بعد ايداع وثائق القرض، وتوقيع سندات التسديد، وتقديم الضمانات المطلوبة، ويظل العقد بالتالي مجمدا حتى صدور المصادقة.

وبما انه في العقود الادارية، يقتضي ان يقدم المتعهد كفالة مصرفية لضمان تنفيذ التزاماته، فيكون تنفيذ العقد معلقا على هذه الكفالة.

ففي مثل هذه الحالات جميعا، يتضمن العقد شرطا يقضي باعتباره كأن لم يكن اذا لم يتم الاجراء اللازم لدخوله مرحلة التنفيذ خلال مدة معينة من تاريخ توقيعه.

سادسا – تفسير العقد

قد يكتنف تطبيق عقد ال BOT ، مهما روعيت الدقة في صياغة نصوصه، غموضا في بنوده، تختلف عندها مفاهيم المتعاقدين، فيقتضي الرجوع عندئذ الى القضاء لتفسير هذا الغموض.

وتتضمن معظم التشريعات الوطنية قواعد عامة لتفسير العقود منها: وجوب الوقوف على قصد المتعاقدين لا على معنى النص الحرفي، واذا وجد نص يمكن تأويله الى معنيين، وجب ان يؤخذ باشدهما انطباقا على روح العقد والغرض المقصود منه، وعلى كل حال يفضل المعنى الذي يجعل النص ذا مفعول على المعنى الذي يبقى معه النص بلا مفعول. ويقتضي ان تتسق بنود العقد وتفسر بعضها ببعض بالنظر الى مجمل العقد، وعند قيام الشك يفسر النص لمصلحة المديون على الدائن. واذا وجدت نواقص في نص العقد، وجب على القاضي ان يسدها اما بالاحكام المدرجة في القانون، اذا كان العقد مسمى، واما بالرجوع، في غير هذه الحال، الى القواعد الموضوعة لاكثر العقود تناسبا مع العقد الذي يراد تفسيره. ويجب ايضا على القاضي ان يعتد

من تلقاء نفسه بالبنود المرعية عرفا، وان لم تذكر صراحة في نص العقد [1].

ويجب عند تفسير العقد، الأخذ بحجية الملاحق. فغالبا ما ينص العقد على اعتبار الملاحق جزءا لا يتجزأ من العقد. وتحرص العقود على التصريح بذلك، لان بعض التشريعات الوطنية لا تعتبر الملاحق جزءا من العقد، الا اذا ورد فيها نص على ذلك.

وقد يواجه العقد الفرض الذي يقع فيه تعارض بين نص وارد في اصل العقد، ونص آخر في احد ملاحقه، ففي مثل هذه الحالة يعود للقاضي ان يختار النص الاكثر ملائمة للتطبيق، ويرى البعض ان ما يعتمد هو النص الوارد في اصل العقد. وقد ينص العقد على ذلك صراحة، كأن ينص مثلا على ان الاحكام الواردة في مواد العقد ونصوص الملاحق يكمل بعضها بعضا، ولكنه في حال التعارض بينها يؤخذ بالاحكام الواردة في مواد العقد.

وقد تضع بعض العقود عناوين لفصولها، واحيانا لبنودها. ففي مثل هذه الحالة، تفسر مواد العقد في ضوء العناوين المذكورة. ولكن العقود قد تنص على عدم اعتبار العناوين جزءا من العقد، وعلى تجريدها من كل قيمة عند تفسير بنوده، كما لو ورد نص في احدى المواد، على ان العناوين الواردة في العقد، والملاحظات في الهامش، لا تعتبر جزءا من العقد، ولا تؤخذ بالاعتبار عند تفسير بنوده.

---

[1] - راجع المواد ٣٦٦ - ٣٧١ موجبات وعقود. ولمزيد من التفصيل، راجع كتابنا : مفاعيل العقد، الجزء الثاني من موسوعة العقود المدنية والتجارية ص ٢١٦ - ٢٥١

الفصل الرابـــع

اثـــار عقـــد ال BOT

يرتب عقد ال BOT التزامات متبادلة على اطرافه، شأنه في ذلك شأن سائر العقود. ولكنه يختلف عن العقود العادية، بكونه يقوم اساسا على خلفية العقد الاداري، مع ما يمتاز به هـذا العقـد مـن صفـات وميزات، وبأنه عقد بالغ التعقيد يمثل في حقيقته مجموعة مركبة مـن العقود، ينشأ عنها تشابك في آثاره.

نتناول فيما يأتي التزامات وحقوق كل من الملتزم والادارة.

أولا – التزامات المتعهد

أ – الالتزام الاول : قيام التعاقد على الاعتبار الشخصي

اذا كان الاعتبار الشخصي، بوجه عام، يمثل اهمية في نطـاق نظرية العقد، تظهر واضحة في العقود المدنية، ولا سيما حينما يتمسك الدائن بضرورة قيام المدين بالتنفيذ بنفسه، فان هذه الاهميـة، وبحجـة اولى، تظهر في العقود الادارية، ولا سيما فـي عقـود ال BOT التـي تستهدف النفع العام الذي تسعى اليه الادارة في ابرام العقود.

ويعني الاعتبار الشخصي في العقـد، بوجـه عـام، الاعتـداد بشخصية المتعاقد او بصفة من صفاته، كما هو الامر في عقد الوديعـة والهبة والشركة والوكالة والضمان وسواها من العقود، التـي يراعـي

فيه كل طرف في العلاقة التعاقدية، الاعتبار الشخصي للطرف الآخر وصفاته. اما في عقد ال BOT ، بصفة خاصة، فيتمثل الاعتبار الشخصي باستهداف الادارة الاطمئنان الى قدرة الملتزم على انشاء مرفق عام وادارته واستثماره لمدة طويلة، وهي امور بالغة الاهمية، تجعل من الاعتبار الشخصي عنصرا جوهريا يقوم على اختيار الملتزم، بما يضمن قدرته، ويؤكد التزامه القيام بتنفيذ العقد على افضل وجه، خلال فترة من الزمن.

فالأصل في العقود الادارية، اذن، هو ان اختيار المتعاقد مع الادارة، يخضع الى اجراءات محددة ومنظمة، وذلك لارتباط العقد الاداري بنشاط مرفق عام [1] . وعلى ذلك فان اختيار المتعاقد مع الادارة يبنى اساسا على الاعتبار الشخصي، ومن ثم يجب ان يقوم المتعاقد شخصيا بتنفيذ الالتزامات التي تنتج عن العقد.

ويجمع الفقه على ان العقد الاداري يقوم على الاعتبار الشخصي، في جميع العقود الادارية، ولا سيما عندما يقوم العقد على الصلة المباشرة بين المرفق العام من جهة، والملتزم من جهة اخرى [2].

وقد ايد الاجتهاد ما يذهب اليه الفقه، فقضت محكمة القضاء الاداري المصرية، بان العقد المبرم بين المدعي والحكومة، هو من العقود الادارية التي تحكمها قواعد عامة، تطبق عليها جميعا، ولو لم

---

١ - Delaubadère, traité de droit administratif, p 827.

٢ - Op. Cit.

ينص عليها العقد، ومن هذه القواعد ان التزامات المتعاقد مـــع الادارة التزامات شخصية، أي ان المتعاقد يجب ان ينفذها شخصيا وبنفسه [١].

وفي هذا السياق قررت المحكمة الادارية العليا المصرية،بانـــه مـــن المسلمات ان يقوم المتعاقد بنفسه بالتنفيذ، فالتزامات المتعاقد مـــع الادارة التزامات شخصية، لا يجوز له ان يحل غيره فيـــها، او يتعـــاقد بشأنها من الباطن [٢] .

١ - اثبات الاعتبار الشخصي

وطالما ان الاعتبار الشخصي هو عنصر جوهري في عقـــد ال BOT ، فلا بد من ان يتمثل بعناصر واقعية تثبت مـــدى توافـــره فـــي شخصية المتعاقد وصفاته. ومن اهم هذه العناصر الواقعية ما يأتي :

- الكفاية المالية :

وهي تعني ملاءة المتعهد، وامكاناته المالية، وبالتالي قدرته مـــن هذه الناحية على تنفيذ العقد ومتطلباته لاداء دور مباشر وفعال في خدمة المنتفعين بالمرفق العام، موضوع التعاقد لسنوات طويلة. وقد تثبت قدرة المتعهد المالية بكفالة مصرفية يقدمها، ضمانا لقيامه بالتزاماته.

---

١ - محكمة القضاء الاداري المصرية، ١٩٥٧/١/٢٧، س ١١، ص ١٧٤

٢ - المحكمة الادارية العليا، ١٩٦٣/١٢/٢٨، المجموعة ، ص ٣٢٤

- **القدرة الفنية :**

وتشمل الكفاءة الفنية والادارية والتقنية العاليـــة، التـــي تمكــن المتعهد من القيام بالتزاماته الفنية والعلمية، وفقا للاصــــول والقواعــد المتبعة عالميا في مجال اعمال ال BOT .

- **الخبرة وحسن السمعة :**

وتشمل سنوات الخبرة السابقة في حقل الالتزامـــات المشـــابهة للالتزام موضوع العقد، وحسن السمعة في القيـــام بـــهذه الالتزامـــات. ويثبت ذلك عمليا، بتقديم افادة عن الاعمال السابقة، بحيث تكون الجهــة الادارية المختصة على علم ودراية كافيـــة، بمـــدى توافـــر الصفـــات الجوهرية وحسن السمعة، من واقع العروض المقدمة، ومـــن مصـــادر المعلومات الاخرى.

- **الجنسيـــــة :**

قد تكون جنسية الملتزم موضع اعتبار في بعـــض الـــدول، ولا سيما في نطاق الاعمال التي تتطلب السرية، كالاعمال الحربية والامنية. ومع ذلك فان بعض البلدان النامية لا تعـــير وزنـــا لصفـــة الجنســـية، وخصوصا عندما تستهدف تشجيع الاستثمار الاجنبي من اجـــل اقامـــة مشاريع البنية التحتية، وهي تسعى الى ذلك عن طريق منح التيســـيرات والاعفاءات الضريبية. فضلا عن قدرة الشركات العالميـــة وانفرادهـــا باستخدام التكنولوجيا والتقنيات الحديثة، وممانعتها بنقلها بســـهولة الـــى الغير، وعن عجز موارد الدول النامية عن تمويل مشاريعها التنمويـــة،

واضطرارها، بسبب ذلك، الى اللجوء الى المستثمرين الاجانب في تنفيذ عقود ال BOT .

٢ - نتائج الاعتبار الشخصي

يترتب على ضرورة التزام المتعهد في العقد الاداري بوجه عام، وفي عقد ال BOT بوجه خاص، بان ينفذ العقد بذاته، عدة نتائج من اهمها : مصير العقد في حال التنازل عنه الى الغير، او في حال التعاقد من الباطن، وانقضاء شركة المشروع.

- التنازل عن العقد

يعني التنازل عن العقد قيام المتعاقد بالاتفاق مع الغير على ان يحل هذا الغير محله في اداء التزاماته واكتساب حقوقه الناشئة عن العقد المبرم بينه وبين جهة الادارة. فهل يحق له ذلك بصرف النظر عن موافقة الادارة ؟

لما كان التنازل عن العقد يمثل اهدارا لقاعدة الاعتبار الشخصي، فالأصل في تنفيذ العقود الادارية، انه لا يجوز للمتعاقد مع الادارة التنازل عن العقد، ولا يجوز له ان يحل غيره محله في تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد كلها او بعضها. ومرد ذلك هو ان اختيار المتعهد يخضع لاعتبارات شخصية تتعلق بمدى مقدرته المالية، او كفاعته الفنية، او سمعته الحسنة. ولذلك فان تنازله عن العقد الى غيره يخل بهذه الاعتبارات .

ويتم اختيار المتعهد، في عقود ال BOT في اطار من المنافسة والعلانية. وتدخل كفاءته وقدرته المالية والفنية في الاعتبار عند اختياره. كما ان مدة العقد الطويلة من شأنها ان تضاعف من اهمية الاعتبار الشخصي في العقد.

غير ان هذه القاعدة لا تتصل بالنظام العام، ومن ثم فقد ترى الجهة الادارية المتعاقدة، ان هذا التنازل قد يحقق مصلحتها، فترضى به.

وقد تكون الادارة مدفوعة الى الموافقة على اجراء التنازل بتأثير عوامل شتى من اخصها : وحدة الهدف الذي تسعى الادارة الى تحقيقه من خلال الاعتداد بقاعدة الاعتبار الشخصي في العقد، اذا ما حدث اختلاف في الكفاية المالية والفنية للملتزم، واقدامه على التنازل عن عقده الى شخص آخر يتمتع بكفاية اعلى، وصفات ومقومات تتطلبها الادارة لتنفيذ العقد على نحو افضل، فتوافق على اجراء التنازل تحقيقا للمصلحة العامة. وبالتالي تنشأ بين الادارة والمتنازل اليه علاقة تعاقدية جديدة، تجعله مسؤولا وحده عن تنفيذ المرحلة المقبلة. كما ينتقل اليه التزام صيانة الاعمال جميعها، سواء المنفذ منها بمعرفته، او تلك التي نفذت بمعرفة المتنازل، على ان يظل كلاهما مسؤولا عن الضمان العشري لسلامة الاعمال، كل في حدود ما نفذه.

واذا كانت الادارة قد وافقت على التضامن، فهل يستفاد من ذلك، ضمنا، ان ثمة تضامنا قام بين المتنازل والمتنازل اليه ؟ وما مدى سريان قاعدة ان التضامن لا يفترض في العقود الادارية ؟

لا بد ، في ذلك، من ان يكـون التضـامن مشـترطا بصـورة صريحة. وقد تتصرف اليه الادارة ضمنا، وعندئذ، يقتضي ان تكـون الدلالة عليه واضحة تماما، بحيث اذا اكتنف الشك هذه الدلالة، وجب ان تؤول الى نفي الدلالة، لا الى اثباتها.وعلى من يدلي بقيام التضـامن ان يقيم الدليل عليه، وعند الشك يعتبر التضامن غير قائم. وذلك كله تطبيق للقواعد العامة. وبهذا قضى مجلس الشورى بأن العقد الذي جرى توقيعه بين الملتزم الاساسي وبين المستدعى هو في الواقع وفقا لنصه وروحـه عقد تفرغ عن مشروع الالتزام، اذ انه يتضمن تنازلا كاملا مـن قبـل الملتزم الاساسي عن جميع حقوقه وموجباته الى المتفرغ له، وقد اقترن بموافقة المستدعي ضده الخطية والنهائية وباعطاء المتفـرغ لـه امـر المباشرة بالعمل بصفته هذه شرط بقاء الملتزم الاساسي مسـؤولا عـن تنفيذ العقد.

ان موافقة الادارة المقترنة بالشرط المذكور تعني ابقاء الملـتزم الاساسي داخل اطار العقد بصفته الضامن لحسن تنفيذ العقد مـن قبـل المتفرغ له او بعبارة اخرى، اعتبار هذا الاخير طرفا في العقد مع كفالة الملتزم الاساسي [1] .

ويصح التساؤل عن مدى حرية الادارة في رفض الموافقة علـى تنازل الملتزم عن عقده. وفي ذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي، بـان عقد الامتياز تبرز فيه الصبغة الشخصية لالتزامات المتعـاقد بـروزا

---

[1] – مجلس شورى الدولة، ق ١٩٢ ت ١٩٨٥/٣/٣٠، مجلة القضاء الاداري ، عـدد ٣، ص ١٧٤

ملموسا، وعليه اذا تقدم الملتزم الى الادارة بطلب الموافقة على التنازل عن عقده، فيجب على الادارة ان ترد عليه في ميعاد مناسب، ولا يجدي نفعا التزامها واجب الصمت، كما لا تستطيع ان ترفض الموافقة لمجرد الرفض، والا تعرضت الى المسؤولية. ويجب ان تستند في رفضها الى اسباب معقولة تتصل بالمصلحة العامة. فاذا كانت الاسباب التي تذرعت بها غير وجيهة، فيستطيع الملتزم ان يحصل من قاضي العقد على حكم بالغاء القرار الصادر برفض الموافقة، وله ان يطلب فسخ العقد لخطأ الادارة، او الحكم بالتعويض عن الاضرار التي تلحق به من جراء ذلك.

وتقرر محكمة القضاء الاداري في مصر بان التنازل عن عقد المقاولة تكفي فيه الموافقة الضمنية، وبان اجراء المكاتبات بين الادارة والمتنازل اليه يعتبر قبولا ضمنيا للتنازل، فشرط الحصول على القبول الكتابي انما شرع رعاية لمصلحة الجهة الادارية المتعاقدة، وليس لمصلحة المقاول، فان هي تنازلت عنه، فلا جناح عليها في ذلك [1] .

وتقتضي معالجة الآثار التي تترتب على موافقة الادارة على التنازل عن العقد، بيان المركز القانوني لكل من المتنازل اليه، او المحال اليه (Le cessionnaire) والمتنازل او المحيل (Le cédant).

فبالنسبة الى المركز القانوني للمتنازل اليه : يترتب على موافقة الادارة على التنازل عن العقد الاصلي، ابرام عقد جديد بينها وبين

---

[1] - قرار تاريخ ١٩٦٥/١١/٢١، قضية رقم ٨ لسنة ١٣ ق ؛ الطماوي، الاسس العامة، ص ٤٠٢؛ ابراهيم الشهاوي، م.س.، ص ١٩٥

المتنازل اليه. وبمقتضى هذا العقد، يصبح المتنازل اليه وحده هو المسؤول امام الادارة، ويتلقى منها التوجيهات والتعليمات، ويكون له وحده حق الحصول على المقابل المالي، ما لم ينص العقد الجديد على خلاف ذلك.

وبالنسبة الى المركز القانوني للمتنازل ، واستنادا الى نشأة العلاقة بين الادارة والملتزم الجديد، فمن الطبيعي انتهاء العقد الاصلي، وان يتحرر المتنازل من التزاماته تجاه الادارة، وبالتالي يحق له استرداد ما دفعه من تأمين او كفالة، الا اذا كانت ثمة منازعات ما تزال قائمة.

ولكنه يصح التساؤل عن الحكم فيما لو جرى تنفيذ جزء من المرفق العام من قبل المتعهد الاساسي قبل التنازل.فهل يكون مسؤولا عما نفذه من اعمال ؟ او ان الملتزم الجديد هو الذي يكون مسؤولا، حتى عما نفذه المتعهد الاساسي ؟

مما لا شك فيه ان المتعاقد الاساسي يظل مسؤولا عما نفذه من اعمال الا اذا قبل المتعاقد الجديد ان يأخذ على عاتقه المسؤولية عن الاعمال التي نفذها سلفه، ووافقت الادارة على ذلك، عملا بقاعدة حوالة الدين. ولذلك تشترط معظم العقود الادارية في فرنسا بقاء المتعاقد الاصلي ضامنا للمتعاقد الجديد. كما ان البعض يرى ان مبدأ استمرار مسؤولية المتعاقد الاصلي، في حال التنازل عن العقد، هو من الاصول التي تراعيها الادارة دائما، حرصا منها على التقيد بفكرة الاعتبار الشخصي في تنفيذ العقد الاداري. وذلك لان التزام المتعاقد

بالتنفيذ الشخصي، لا يعني التنفيذ المادي من جانب المتعاقد، بقدر ما يعني مسؤوليته الشخصية عن هذا التنفيذ، على نحو يحقق المصلحة العامة، ويسد حاجة المنتفعين بخدمات المرفق العام موضوع العقد [1] .

واذا كانت الادارة تتمتع بسلطة تقديرية لرفض الموافقة على التنازل على ان تكون هذه السلطة مقيدة بحسن الاستعمال وباستهداف المصلحة العامة، فمن حق الادارة رفض الموافقة، اذا تبين لها ان المتنازل اليه لا يتمتع بالصفات الفنية او المالية التي تؤهله للحلول محل المتعاقد الاساسي في التنفيذ على نحو يحقق النفع العام، ولا مسؤولية عليها في ذلك، طالما انها تبني عدم موافقتها على مقتضيات المصلحة العامة .

ولكنه يصح التساؤل في هذه الحالة، عن الآثار المترتبة على رفض الموافقة، سواء بالنسبة الى المتنازل او المتنازل اليه ؟

فبالنسبة الى المتنازل اليه، وبما ان موافقة الادارة مسبقا على اجراء التنازل، تعد شرطا اساسيا، حتى ينتج التنازل اثره القانوني في مواجهتها، فيترتب على رفض الموافقة، انتفاء اية علاقة تعاقدية بينها وبين المتنازل اليه، وبالتالي لا يحق له ان يرجع عليها بأية حقوق تعاقدية ، وان كان له ان يرجع عليها بالتعويض تطبيقا لنظرية الاثراء بلا سبب اذا تحققت شروطها. كما يحق له بصفته دائنا للمتعاقد الاصلي

---

[1] – محمد سعد حسين امين، مشار اليه في عقد امتياز المرفق العام BOT ، الشهاوي، م.س.، ص ١٩٥

ان يقيم الدعوى غير المباشرة على الادارة لمطالبتها بان تدفع الى الملتزم الاساسي حقوقه، تطبيقا لقواعد هذه الدعوى.

وبالنسبة الى المتعهد الاصلي، فانه يظل مسؤولا عن العقد مباشرة تجاه الادارة، طالما ان هذا العقد لا يزال ساريا. وليس من حقه الاحتجاج في مواجهة الادارة، بسبب تنازله، غير الموافق عليه منها، الى المتعهد الجديد. وذلك لان عدم موافقتها لا يعد خطأ تعاقديا، بالنسبة اليها بل على العكس من ذلك فانه يعد خطأ تعاقديا من قبل المتعاقد الاصلي يبرر فسخ العقد على مسؤوليته، سواء تضمن هذا العقد او لم يتضمن بندا يتعلق بهذه المسؤولية. ومع ذلك فقد ذهب بعض الفقه الفرنسي الى ان مسؤولية المتعاقد الاصلي عن الخطأ لا تتحقق الا اذا كان ثمة ضرر لحق بالادارة من جراء هذا التنازل [١].

- **التعاقد من الباطن**

التعاقد من الباطن هو عقد يبرم بين المتعاقد الاصلي، أي المتعاقد مع الادارة في عقد ال BOT ومتعاقد ثانوي، ويهدف الى تنفيذ جزء او اكثر من العقد الاصلي بكامله. وذلك لان ضخامة المشروع، وتشعب التكنولوجيا، وانتشار التخصصات الدقيقة، وابتغاء المهارة، تجعل من العسير على المتعهد الاساسي ان ينفرد بتنفيذ المشروع من دون الاستعانة بغيره من المؤسسات المتخصصة.

---

١ – De Laubadaire, t 8, p 109.

ويفترض للتعاقد من الباطن ان يكون موضوع العقد قابلا للتجزئة. وهذا الشرط يتحقق في نطاق عقود ال BOT نظرا لطول مدتها، ولتقدم التخصص والتكنولوجيا المستمرين، وما يستتبع ذلك من تقسيم الاعمال المتنوعة، ومساهمة المؤسسات المتخصصة في مختلف مراحل التنفيذ، وما يلحق بها من التطور المتواصل. حتى غدت الاستعانة بخبرات الغير من الفنيين مسألة ضرورة في تنفيذ مشاريع ال BOT . ولذلك ذهب الاجتهاد الى القول بانه لا يسوغ افتراض قيام المتعاقد الاصلي بتنفيذ التزاماته وحده من دون الاستعانة بمجهودات غيره، والا وضع امام استحالة مطلقة [1] .

يختلف التعاقد من الباطن عن التنازل عن العقد. فالتنازل من شأنه ان يحل شخصا جديدا، بصورة كلية محل الملتزم في كافة حقوقه والتزاماته التعاقدية، بينما يقتصر التعاقد من الباطن من جهة على قيام المتعاقد الثانوي بتنفيذ جزء من المشروع، ومن جهة ثانية يظل المتعاقد الاساسي هو المسؤول مباشرة تجاه الادارة عن اعمال المتعاقد الثانوي. وبالتالي لا يزول الاعتبار الشخصي المبني على شخصية المتعاقد الاساسي. وبالتالي يكون التعاقد من الباطن مسموحا به، بصورة عامة، طالما انه لا يمس بقاعدة الاعتبار الشخصي، ولا سيما انه وسيلة مهمة وملائمة للادارة وللملتزم على السواء.

فهو مفيد للادارة لانه من جهة، يؤمن لها تنفيذا اكثر تخصصا ومهارة، ومن جهة اخرى، يؤمن لها حصر مسؤولية التنفيذ بالملتزم

---

[1] - المحكمة الادارية العليا المصرية، جلسة ١٩٧١/٤/١٦، س ١٦ ص ١٥٠

الاساسي. ولولا التعاقد من الباطن لاضطرت الادارة، في مجال تنفيذ مشروع واحد، ان تتعامل مع اكثر من شخص طبيعي او معنوي، وهذا ما يؤدي الى تعدد المسؤوليات الناشئة عن تنفيذ عقد واحد، وهو ما لا ترغب الادارة فيه، تطبيقا لمبدأ وحدة الضمان (Unité de garantie) في مواجهة الملتزم الاساسي الذي يتحمل وحدة المسؤولية عن تنفيذ العقد برمته.

كما ان التعاقد من الباطن مفيد للملتزم الاساسي، لانه من جهة، يؤمن له تنفيذا اجود، ومن جهة اخرى يؤمن له ارباحا يحصل عليها من تنفيذ سواه.

اعتبر اجتهاد مجلس شورى الدولة ان اثار التعاقد من الباطن تظل محصورة بين المتعهد الاصلي والمتعهد الثانوي، ولا تلتزم الادارة به الا اذا وافقت عليه، ويظل الملتزم الاساسي مسؤولا امامها وذلك عندما قضى بما يأتي :

بما ان المستدعي التزم من الملتزم الاساسي اشغالا كان هذا الاخير قد التزمها من مصلحة مياه بيروت.

وبما ان هذا الاتفاق يعتبر عقد التزام ثانوي، وتبقى علاقته محصورة بين الفريقين المتعاقدين لان الادارة لم توافق على ذلك صراحة، ومعرفتها بالامر لا يعني قبولها بحلول الملتزم الثانوني مكان الملتزم الاساسي، بل قبولا بالوسائل التي يلجأ اليها هذا الاخير ويجدها ملائمة لتنفيذ الاشغال على ان يبقى هو المسؤول عنها.

وبما ان الاتفاق المعقود بين الملتزم الاصلي والملتزم الثانوي جاء يؤكد هذا القول اذ نص على ان يبقى الاول المسؤول الوحيد عن الاعمال تجاه مصلحة مياه بيروت.

وبما ان الادارة بقيت فريقا لا علاقة له بعلاقات الملتزمين مع بعضهما، واشرافها على اعمال الملتزم الاساسي واعطاؤها التوجيهات لم يكن لشخصه بل للعمل الذي ينفذ لمصلحتها، وباسم الملتزم الاصلي الذي يظل مسؤولا تجاهها، بغض النظر عن منفذ تلك الاشغال ونوع العلاقة التي تربطه بالملتزم الاساسي اذا كان مستخدما او عاملا عنده، او ملتزما ثانويا.

وبما ان قول المستدعي ان الادارة كلفته باشغال اضافية أي تعاقدت مباشرة على اعمال تخرج عن نطاق العقد الاساسي، للقول بامكانية المطالبة بالتعويض عنها بقي دون دليل او اثبات، ولائحة الملتزم الاساسي لا تشكل اثباتا لذلك. كما لا يتبين ان تلك الاشغال لم تكن من صلب العقد الاساسي، او اتفاقا آخر مع الملتزم الاساسي الذي وقع الكشوفات النهائية دون تحفظ بعدما قبض قيمتها.

وبما ان العلاقة بين الملتزمين الاساسي والثانوي تخرج عن نطاق المراجعة الحاضرة، ويعود لهما حل المسائل المتعلقة بينهما حبيا او قضائيا، ولا دخل للادارة بذلك ليمكن مقاضاتها، ويكون الملتزم الثانوي غير ذي صفة لمداعاتها [1] .

---

[1] – مجلس شورى الدولة، ق ٣٢٤ ت ١٩٩٦/١/٣٠، مجلة القضاء الاداري، عدد ١٠، ص ٤١٤

ونظرا للاهمية الفنية والعملية التي يحتلها التعاقد من الباطن في تنفيذ المشاريع الكبيرة،ومنها مشروع ال BOT اصبح مسلما به اللجوء الى هذا النوع من التعاقد، حتى قيل انه اذا لم يكن هناك قيد واضح في العقد يحظر التعاقد من الباطن، فان موافقة الجهة الادارية مفترضة (١) .

ولكنه بالرغم من التسليم بأهمية التعاقد من الباطن،يعتبر شرط موافقة الادارة المسبقة عليه لازما. ولذلك تنظم الاحكام القانونية المتعلقة بالعقود الادارية في فرنسا، اجراءات الحصول على الموافقة، حيث يتقدم المتعاقد الاصلي، كتابة، بطلب الحصول على الموافقة، موضحا فيه اسم المتعاقد من الباطن، ومبينا مدى امكاناته ومقدرته في التزاماته. ثم تنظر الادارة في الطلب، وتبدي رأيها في القبول او الرفض، وذلك خلال مدة واحد وعشرين يوما من تاريخ تسجيل طلب المتعاقد الاصلي. واذا لم تبد الادارة رأيها خلال المدة المذكورة، اعتبر سكوتها قبولا. اما في مصر فان القاعدة هي تحرر الادارة في الشكليات، فيما يتعلق بالتعبير عن ارادتها، فلها ان توافق على التعاقد من الباطن في أي شكل تشاء. وقد تكون موافقتها صريحة او ضمنية.

ما هي الآثار القانونية التي تترتب على التعاقد من الباطن، سواء بالنسبة الى العلاقة بين المتعاقد الاصلي والادارة، او بينها وبين المتعاقد من الباطن، او بالنسبة الى العلاقة بين المتعاقد الاصلي والمتعاقد من الباطن ؟

---

١ - Flamme, p 15.

• **فيما يتعلق بالعلاقة بين الادارة والمتعاقد الاساسي ؟**

استقرت قواعد التشريع واحكام القضاء على تأكيد مبدأ استمرار مسؤولية المتعاقد الاصلي عن تنفيذ العقد بكامله، بما في ذلـــك الجــزء المتعاقد عليه من الباطن، حتى ولو وافقت الادارة علــى هــذا التعــاقد الاخير. ولذلك تمتد مسؤولية المتعاقد الاساســـي تجــاه الادارة لتشــمل اخطاء المتعاقد من الباطن او تأخره في تنفيذ التزاماته.

• **وفيما يتعلق بالعلاقة بين الادارة والمتعاقد من الباطن**

يفرق بين موافقة الادارة او عدم موافقتها علـــى التعــاقد مــن الباطن. فاذا لم تحصل هذه الموافقة مسبقا، لا يجوز للمتعاقد من الباطن الاحتجاج في مواجهة الادارة بأي اثر من اثار العقد.

وهذا ما ذهب اليه اجتهاد مجلس شورى الدولة، عندما قضى بان معرفة الادارة بعلاقة الملتزم الاساسي مع الملتزم الثانوي لا تعني انــها قبلت صراحة بهذا الاخير مكان الاول في النطاق الذي تعاقدا عليه،بــل تعني فسح المجال بتسهيل عمل الملتزم الاساسي لتأمين احتياجاته مـــن مواد تساعده على انجاز عمله. وبالتالي فـــان العلاقـــة بيــن الملــتزم الثانـــوي والملتزم الاساسي تبقى مفاعيلها محصورة بينـــهما، ويخــرج امر النظر بها عن صلاحية مجلس الشورى، ويكون الملــتزم الثــانوي غير ذي صفة لمداعاة الدولة بالاضرار اللاحقة بـــــه مـــن جــــراء الالتزام [1] .

---

[1] – مجلس شورى الدولة، ق ٧٨ ت ١٩٨٧/٤/٣٠، مجلة القضـــاء الاداري، ع ٤، ص ١٣١

اما اذا حصلت الموافقة المسبقة، فقد ذهبت بعــض الآراء فـــي الفقه الفرنسي الى القول ان تطور التعاقد من الباطن بشكل ملحوظ ادى الى ترتيب بعض الآثار التي ترتقي الى مرتبة العلاقة التعاقدية المباشرة بين الادارة والمتعاقد من الباطن، على الأقل في حالتين :

الحالة الاولى : ممارسة الادارة رقابتها على التعاقد من الباطن

غالبا ما تمارس الادارة رقابتها على المتعاقد من الباطن، علـــى الأقل في النواحي الفنية والمالية والامنية.

ففي الرقابة الفنية، يخضع المتعاقد من البـــاطن لرقابـــة الادارة وتعليماتها وتوجيهاتها في التنفيذ، من أجـــل الاطمئنـــان والتـــأكد مـــن سلامـــة الاعمال وصحة الاداء، والالتزام بمطابقة المـــواد والاجـــهزة والمستلزمات المستخدمة لكافة المواصفات المتفق عليها. ولـــلادارة ان تجبر المتعاقد من الباطن على تنفيذ ما تراه الادارة ضروريا، وذلك عن طريق الضغط على المتعاقد الاساسي للقيام بالتنفيذ المطلوب.

وفي الرقابة المالية، تتمتـــع الادارة بسـلطة اجـراء الرقابـــة المحاسبية على اعمال الملتزم، وهذه الرقابة تمتد قانونا لتشمل المتعـــاقد من الباطن تصويبا للاوضاع في الوقت المناسب، وفرض سيطرتها من اجل تسيير العمل في المرفق العام بانتظام واضطراد.

اما الرقابة الامنية فتمارسها الادارة في ضوء اعتبارات الأمـــن وسلامة الدولة في مجال عقود التزام المرافق العامة، نظـــرا لوجـــوب

المحافظة على الاسرار في مواقع العمل، التي يلتزم بها المتعـاقد مـن الباطن، كما يلتزم بها المتعاقد الاصلي.

الحالة الثانية : تقدمات الادارة المالية للمتعاقد من الباطن

قبل المرسوم الفرنسي الصادر في ١٩٥٣/٥/١١ كان يمتنع على المتعاقد من الباطن الحصول من الادارة مباشرة على أي مقابل مـالي للجزء الذي يقوم بتنفيذه، وذلك لان تسديد هذا المقابل كـان يتـم عـن طريق المتعاقد الاساسي. غير ان المرسوم المشار اليه انشـأ تطـورا جديدا في العلاقة بين الادارة والمتعاقد من الباطن، فيما يختص باقتضاء المقابل المالي، حيث اصبح بامكان الادارة ان تدفع اليه مباشـرة، مـن دون ان يؤثر ذلك على تطبيـق القـاعدة المسـتقرة بانتفـاء العلاقـة التعاقديـة المباشرة بين الادارة والمتعاقد من الباطن.

وقد أثار هذا التطور المتعلق بالمقابل المالي،جدلا حول طبيعـة العلاقة القانونية التي تحكم آثار التعاقد من الباطن، وما اذا كانت هـذه القواعد تنتمي الى القانون العام او القانون الخاص. فاتضح من خـلال البحث، بانّ العلاقة التي تربط الملتزم بالمتعاقد من الباطن هـي مـن روابط القانون الخاص، اما علاقة الملتزم بالادارة فتنتمي الى القـانون العام. وذلك لانه في حالة فسخ العقد الاصلي بدون خطأ من الملتزم فان نتائج الفسخ تخضع الى قواعد القانون العام، في حين انها تخضع الـى قواعد القانون الخاص بالنسبة الى المتعاقد من الباطن [١] .

---

١ – De laubadaire, T2. P 114

غير ان ثمة رأيا فقهيا فرنسيا آخر ذهب باتجاه معاكس، معتبرا ان العلاقة بين الادارة والمتعاقد من الباطن هي من روابط القانون العام، وينعقد الاختصاص بشأن المنازعات الناجمة عنها للقضاء الاداري. والاساس القانوني لتحديد الاختصاص على هذه الصورة، يستند الى الاتفاق المبرم بين الملتزم الاساسي والمتعاقد من الباطن، الذي ينتمي بطبيعته الى روابط القانون الخاص، ومع ذلك فان هذا الاتفاق يكون مصدرا لتطبيق قواعد القانون العام في علاقة الادارة بالمتعاقد من الباطن، وذلك لسببين :

السبب الاول :

ان الاتفاق المبرم بين الملتزم الاساسي والمتعاقد من الباطن، يقتضي موافقة الادارة عليه ويتضمن التزاما بخضوع المتعاقد من الباطن الى قواعد الرقابة والتوجيه المباشر من الادارة.

السبب الثاني :

بما ان للادارة حق الرجوع على الملتزم الاساسي لاجبار المتعاقد من الباطن على تنفيذ التزاماته، وبما ان العلاقة التي تربط الادارة بالمتعاقد من الباطن، تخضع لاحكام القانون العام، فان علاقة الادارة بالمتعاقد من الباطن تكون، بطريقة غير مباشرة، خاضعة لاحكام القانون العام [1] .

---

[1] - مقال بعنوان : المتعاقدون من الباطن في مجال عقود التوريد الصناعية، Daumard, مجلة L'actualité juridique de droit administratif عدد كانون الثاني ١٩٦٢، ص ٧

• **فيما يتعلق بالعلاقة بين المتعاقد الاصلي والمتعاقد من الباطن**

تخضع هذه العلاقة لاحكام القانون الخاص، وبالتالي تكون المنازعات بشأنها من اختصاص القضاء العادي. ولكن الاتفاق المبرم بينهما بتنفيذ جزء من موضوع العقد، يستند في بعضه الى النصوص الواردة بدفتر الشروط العام، فيما يتعلق بتنفيذ العقد الاصلي. وهذا ما حدا بالبعض الى القول، بان الاحالة الى دفتر الشروط العام تعني خضوع التعاقد من الباطن الى القواعد نفسها التي تحكم تنفيذ العقد الاصلي، سواء من حيث التنفيذ، او من حيث الجزاءات التي قد تفرض في حال التنفيذ المشوب بالعيب او التأخر في التنفيذ.

ولم يأخذ الفقه الاداري بهذا الرأي على اطلاقه، بل اعتبر ان المتعاقد من الباطن، وان كان يخضع الى رقابة وتوجيه الادارة، فان الاحالة، بصورة عامة، الى دفتر الشروط العام، لا تعنى سوى تطبيق المبادئ، التي تضمنتها تلك الشروط، طالما انها لا تتعارض مع شروط الاتفاق المبرم بين الملتزم والمتعاقد من الباطن [1].

قد يتضمن دفتر الشروط العام بندا صريحا يتعلق بطريقة دفع المقابل النقدي المستحق للمتعاقد من الباطن، وبالرغم من هذا البند يظل الملتزم الاساسي، في جميع الاحوال، ضامنا للوفاء بالحقوق المالية المستحقة للمتعاقد من الباطن. وبالتالي يتحمل الملتزم الاساسي تأخر الادارة في دفع المقابل المالي المستحق. ولكنه اذا تضمن اتفاق التعاقد

---

١ – Flamme, p 31 et s.

من الباطن احالة الى دفتر الشروط العام، فيما يتعلـــق بدفـــع المقـــابل المالي، وكيفية تسليم الاشغال موضوع العقد الاصلي، فيترتب على ذلك خضوع المتعاقد من الباطن الى قواعد القانون العام فيما يتعلق بتســـديد المقابل المالي المستحق له، كما تخضع المبالغ التي تقاضاها من المتعاقد الاصلي، قبل تمام التنفيذ، الى القواعد المنظمة بدفتر الشروط العام. اما اذا اقتصرت الاحالة على طريقة التنفيذ، من دون ان تمتد الى كيفية دفع المقابل،+ فيقتصر اثرها على طريقة التنفيذ فقط. واذا وردت الاحالـــة، بصورة عامة واجمالية، الى ما تضمنه دفتر الشروط العام بالنسبة الـــى مراجعة الاسعار في العقد الاصلي، (Révision des prix) ، فلا يســـري ذلك على المتعاقد من الباطن، طالما ان العقد معـــه لا يتضمـــن نصـــا صريحا يوضح نطاق تلك الاحالة.

ويقتضي لتطبيق احكام دفتر الشروط العام على المتعـــاقد مـــن الباطن، ان يتضمن التعاقد معه شرطا صريحا بتطبيـــق احكـــام دفـــتر الشروط عليه. ولذلك فاذا التزم المتعاقد الاصلي بمقتضى دفتر الشروط، بايداع كفالة تضمن الوفاء بالتزاماته، ولم يتضمن الاتفاق مع المتعـــاقد من الباطن، شرطا صريحا يلزمه بدفع كفالة نقدية للملتزم الاساسي، فان الاحالة، بصورة عامة، الى دفتر الشروط، لا تخول الملتزم الاساســـي، حق مطالبة المتعاقد من الباطن، بضمان مالي على غرار ما هو متبـــع في عقد الالتزام الاصلي.

وكذلك الامر في الاجراءات التي تحكم استلام الاشغال العامـــة من المتعاقد من الباطن، فاذا لم يتضمن الاتفاق معـــه بنـــدا صريحـــا

باخضاعه الى هذا الاجراءات، فهو لا يكون خاضعا لها. كما انه في حالة تأخر المتعاقد من الباطن في تنفيذ التزاماته فان الملتزم الاساسي لا يحق له سوى مطالبته بالغرامات المالية عن التأخير بنسبة الضرر الذي اصابه. اما اذا تضمن التعاقد من الباطن شرطا صريحا يقضي بتنفيذ الاشغال بحسب شروط العقد الاصلي ، فقد انقسم الرأي حوله الى اتجاهين . **اتجاه اول** : يرى ان احتواء اتفاق التعاقد من الباطن على هذا الشرط لا يرتب تطبيق الاحكام الخاصة بالبند الجزائي المنصوص عليه في العقد الاصلي، الا اذا اتضح ان نية الطرفين قد اتجهت اليه صراحة . **واتجاه ثان** : يرى ان الاحالة الى العقد الاصلي، يكون من نتيجتها تطبيق الجزاءات الواردة فيه على المتعاقد من الباطن، شرط مراعاة التناسب بين الجزاء الموقع، وقدر الضرر الذي اصاب الملتزم من جراء ذلك.

وفيما يتعلق بتطبيق الشروط الاستثنائية في العقد الاصلي على المتعاقد من الباطن، يرى البعض انه يمكن ان يتضمن الاتفاق بين الملتزم الاساسي والمتعاقد من الباطن شروطا غير مألوفة في القانون الخاص لضمان تنفيذ هذا الاتفاق على الوجه الاكمل، وتكون تلك الشروط منتجة لآثارها، اذا قبلها المتعاقد من الباطن لدى ابرامه العقد [١].

---

١ – Delaubadaire, T.2, p214.

- اثر الاعتبار الشخصي في انقضاء الرابطة التعاقدية

بما ان عقد ال BOT يقوم على الاعتبار الشخصي، فلا بدّ من بحث تأثير وفاة الملتزم او افلاسه على الرابطة التعاقدية.

- **وفاة الملتزم**

قد يتضمن العقد بيان تأثير وفاة الملتزم على مصير العقد، وما اذا كان ينقضي بوفاته، او ان الرابطة التعاقدية تستمر، بالنظر الى ضرورة استمرار سير المرفق العام، وعندئذ تنفذ الشروط الواردة في العقد، في حال وجودها. ولكنه يصح التساؤل عن مصير العقد في حال لم يتضمن حكما يتعلق به لدى وفاة الملتزم. وقد انقسم الفقه الفرنسي، في هذه المسألة الى قسمين : **الاول** : تزعمه الفقيه الفرنسي Jeze ويعتبر ان عقد التزام المرفق العام يفسخ بقوة القانون في حال وفاة الملتزم. **والثاني** : تزعمه الفقيه الفرنسي (Delaubadaire) ويعتبر ان القضاء لا يؤيد ما ذهب اليه Jeze ، ويقتضي ان يجري التوفيق بين مقتضيات سير المرافق العامة، وبين الحقوق التي يستمدها ورثة الملتزم. ولذلك يترتب على وفاة الملتزم النتائج الآتية :

– ان عقد الامتياز لا يفسخ بقوة القانون لمجرد وفاة الملتزم. بل يؤول الى الورثة، اذا لم ينص العقد على خلاف ذلك. واذا تضمن العقد شرطا يقضي بضرورة موافقة الادارة على حلول الورثة محل مورثهم في تنفيذ العقد، فلا تملك الادارة حق رفض الموافقة الا في حال انعدام الكفاءة الفنية لدى الورثة، بحيث لا يمكنهم الاستمرار في التنفيذ.

واذا كان الورثة لا يتمتعون بالاهلية، بتاريخ وفاة الملتزم، فتلتزم الادارة عندئذ بفسخ العقد، ومع ذلك يجوز لها في بعض الاحـــوال، ان تبرم عقدا جديدا مع ارملة الملتزم، بصفتها الشخصية، وبصفتها وصيـا على اولادها القاصرين.

قضى مجلس شورى الدولة بان الاجتهاد المســـتمر يعتــبر ان وفــاة صاحب الامتياز، او المتعاقد معه بوجه عام، لا تؤدي حكما الــى فسخ العقد ما لم تكن لشخصية المتعاقد معه اهمية خاصة، وتعلن الادارة عن رغبتها في فسخ العقد، وان استمرارية المرفق العام تضــع علــى الورثة موجب متابعة تنفيذ الالتزامات التي ارتبط بها مورثهم [1].

ويرى الفقيه الفرنسي (De laubadaire) انه في حالــة انحــلال شركة المشروع لا ينتهي العقد الا بعد اتمام اجــراءات حــل الشــركة وتصفيتها. وبما ان الشخصية المعنوية للشركة تستمر في اثناء التصفية، ولحاجات التصفية فقط، فليس للادارة ان تستند الى مجرد حل الشــركة والبدء بتصفيتها، لانهاء العقد، الا اذا ورد به نص مخالف.

وما تجدر الاشارة اليه هو ان انقضاء شركة المشروع في عقود ال BOT امر تختلف احكامه عن احكام العقود الاخرى، ومـــرد هــذا الاختلاف يعود الى امرين : **الاول** : وهو ان عقود ال BOT تمتد الــى فترة طويلة من الزمن قد تصل احيانا الى تسع وتسعين سنة.**والثــاني** : هو ان انتهاء عقد ال BOT يستدعي ان تنقل شركة المشـــروع ملكيــة

---

[1] – مجلس شورى الدولة، ق ٥٨٠، ق ١٩٤٧/٥/١٤، مجلة القضاء الاداري، عــدد ١٢، ص ٤٨٥

المرفق العام، الى الادارة المتعاقدة، بحالة جيدة. ولذلك يبدو واضحا ان قواعد حل الشركات وتصفيتها، المنصوص عليها في القانونين المدني والتجاري لا تطبق على عقود ال BOT . وهذا ما يستدعي وجوب تدخل المشرع لدى وضعه قواعد هذه العقود، بحيث يراعي طبيعتها واهدافها ومتطلباتها .

- **افلاس الملتزم او اعساره**

عادة ما تتكفل دفاتر الشروط، وبنود العقد بوضع الحل المناسب في حال افلاس الملتزم او اعساره. اما اذا لم تتضمن حلولا، فيرى الفقيه الفرنسي (Jeze) انه نظرا للطبيعة الخاصة للعقد، وطول المدة التي يستغرقها تنفيذه، فانه يترتب على افلاس الملتزم فسخ العقد بقوة القانون. أما (Delaubadaire) ، فيرى انّ افلاس الملتزم او اعساره، لا يؤدي بذاته، الى انهاء العقد، وانما يكون للادارة ان تفسخ العقد اذا رأت ان المصلحة العامة تقضي بذلك [١].

ويرى بعض الفقه المصري ان ترك سلطة فسخ العقد الى الادارة، وعدم انهائه بقوة القانون، لا يخالف قاعدة الاعتبار الشخصي، بل يتفق معها، لان فكرة الاعتبار الشخصي مجرد وسيلة لا غاية،

---

١ – Jeze, p 230; Delaubadaire, t.2, p 121; مجلس الدولة الفرنسي، ١٩٠٢/٣/٢٢ في قضية Chombon ، المجموعة، ص ٢٤٤، و ١٩١٧/٤/١٨، في قضية Labat ، المجموعة، ص ٣١٧؛ الطماوي، في العقود الادارية، ص ٤٠٧؛ ابراهيم الشهاوي، م.س.، ص ٢٠٥

تتمكن بواسطتها الادارة من ضمان تنفيذ العقد على نحو يحقـق النفـع العام، ومصلحة المنتفعين من خدمات المرفق العام [1] .

وقد حسم المشرع المصري هذه المسألة، في نص المادة ٨٩ من قانون ١٩٩٨ المتعلق بالمناقصات والمزايدات عندما قـرر الا يـترك للادارة سلطة تقديرية في فسخ العقد عند افلاس الملـتزم او اعسـاره، بـل جعل الفسخ امرا لازما بقوة القانون .

ب - الالتزام الثاني : الـتزام المتعـهد بتنفيـذ المشـروع وفقـا للمواصفات المنصوص عليها في العقد

بما ان المتعهد في عقد ال BOT هو الذي يلتزم بانشاء المشروع وتجهيزه حتى يصبح جاهزا للتشغيل، وبما ان هذا العقد يمتد الى مـدة طويلة من الزمن، فان تنفيذ العقد وفقا للمواصفات المتفق عليها، يتمتـع باهمية كبيرة، اذ ترتبط جودة التنفيذ ودقته باستمرار المرفق العام فـي اداء نشاطه ونقل ملكيته الى الدولة بحالة جيدة. ولذلك فلـلادارة حـق مشروع في مراقبة التنفيذ في مراحله المختلفة، بدءا بمرحلة التصميـم، ثم التشييد فالتجهيز. اذ يبقى للادارة حق الرقابة ومتابعة المتعاقد معـها في تنفيذ العقد.

١ - مرحلة التصميم

يبدأ تنفيذ العقد بمرحلة التصميم الممهدة لانشاء المرفق العـام. ويجب ان يتفق اطراف العقد على التصميم بما يتضمن مـن خرائـط،

---

[1] - محمد سعيد، الاحكام، ص ١٤٨

سواء تولى القيام به المتعـــهد او الادارة. علـــى ان تتمــيز الخرائـــط والرسومات بالسرية اللازمة، وان يتم تنفيذ العمل استنادا اليها. وتحتفظ الادارة بعدد كاف منها، حتى يتسنى لها مراقبـــة الانشـــاء والتشـــغيل واجراء الصيانة اللازمة، عندما تؤول اليها ملكية المشروع عند انتـــهاء مدة العقد.

وكثيرا ما يحدث في عقود ال BOT ان يتفق المتعـــاقدان علـــى الاحالة في انشاء العقد الى الشروط والصيغ المعتمدة في عقود الاتحـــاد الدولي للمهندسين الاستشاريين.

يكون الملتزم مسؤولا عن التصميمات اللازمة للمشـــــروع، اذا تبين انها لا تفي بالغرض المطلوب اللازم المتفق عليه. والتزامه هنا هو التزام بتحقيق غاية، وليس التزاما ببذل عناية [1].

٢ - تحضير موقع المشروع لبدء التنفيذ

يقوم الملتزم بتهيئة موقع المشروع الذي يتعين علـــى الادارة ان تسلمه اليه، وتضمن عدم تعرض الغير له، وذلك لان تعرض الغير من شأنه ان يؤدي الى تأخير تنفيذ المشروع، وبالتالي الاضرار بمصـــــالح الملتزم. ودرءا لحدوث منازعات او مشـــكلات حـــول هـــذا التســـليم وحالاتـــه مستقبلا، فمن المناسب ان يحصل بمحضر رسمي مكتـــوب، يوقع عليه اطراف العقد، ويتخذ حجة للاثبات اذا لزم الامر.

---

[1] - هاني سري الدين، م.س.، دار النهضة العربية بمصر، ص ٣٤٧

٣ - مرحلة التشييد

يقوم الملتزم، في هذه المرحلة، بانشاء المرفق العام وبنائه، وفقا للقواعد المتفق عليها، الواردة في بنود العقد وملاحقه، مع الالتزام الدقيق بالتصاميم والخرائط.

يقوم الملتزم بالاعمال الانشائية اللازمة للمشروع، على نفقته الخاصة، باعتباره الممول لهذه الاعمال. ويتعين عليه ان ينفذ الاعمال وفقا للمواصفات المطلوبة، المتفق عليها، وفي الاجل المحدد لتنفيذ المشروع، وذلك اعمالا للمبدأ المستقر الذي يقضي بتسيير المرفق العام بانتظام واضطراد.

ويلتزم الملتزم بتجهيز المرفق العام موضوع العقد، بالمعدات اللازمة عن طريق الموردين المتخصصين، ووضع الآلات والمعدات اللازمة، وتركيبها وتشغيلها في مواقع العمل.

٤ - سلطة الادارة في مراقبة التنفيذ

تراقب الادارة عمليات الانشاء والتنفيذ، فتقوم مثلا بتعيين مهندسين استشاريين لمراقبة التنفيذ ومتابعته. ولها ن تحتج او ترفض أي تغيير في الخرائط، او قواعد التنفيذ المتفق عليها في العقد وملاحقه، وكذلك أي تعديل في مواصفات البناء والتجهيز، مما يقلل من الاستفادة من المرفق موضوع العقد، او يؤدي، على المدى الطويل الى تعذر انتقال ملكيته الى الدولة، بعد انتهاء مدة العقد، بحالة جيدة.

وقد تلجأ الادارة الى جدولة تشييد المرفق وتجهيزه، بحيث تلزم شركة المشروع بالتنفيذ وفقا لخطة محددة. وان الاتفاق على مراحل التنفيذ بصورة واضحة، من شأنه ان يحسم كثيرا من المنازعات التي يمكن ان تؤدي الى فشل المشروع او تأخير تنفيذه.

فللادارة، اذن، ان تمارس حقها في الرقابة على تنفيذ شروط العقد، بايفاد مهندسين من قبلها الى مواقع العمل للتأكد من سيره وفقا للاوضاع المحددة، وفحص واختبار المواد المستخدمة فيه للاطمئنان على جودة انواعها. كما لها ان تتدخل في التنفيذ وتغيير بعض الاوضاع، ولو لم يرد عليها صراحة، نص في العقد.

وتتضمن العقود الادارية في فرنسا، بصورة عامة، تحديد مدى سلطة الادارة في التدخل في اوضاع تنفيذ العقد، وقد يرد النص على ذلك في بعض القوانين واللوائح، ويسلم مجلس الدولة الفرنسي للادارة بسلطات واسعة في الرقابة والاشراف والتوجيه على عقود الاشغال العامة، فيما يتعلق باختيار المواد وطرق التنفيذ.

ويجوز للوزير المختص ان يقرر تشكيل لجنة او اكثر من بين موظفي وزارته او غيرها من الوزارات او الهيئات العامة لتتولى امرا من امور الرقابة على التزامات المرافق العامة.

وعلى الملتزم ان يقدم الى مندوبي الجهات التي تتولى الرقابة، كل ما قد يطلبون من معلومات او بيانات او احصاءات، دون الاخلال بحق مانح الالتزام في فحص الحسابات او التفتيش على ادارة المرافق في أي وقت كان.

ان حق الرقابة على الملتزم هو حق اساسي مرده الـــى فكـرة المرفق العام، بما يقتضيه سيره وانتظامه، وهو حق ثابت للجهة مانحــة الالتزام، ولو لم ينص عليه في العقد. بل يظل موجـــودا طالمـــا وجــد المرفق العام [1] .

وتتنوع رقابة الادارة على اعمال الملتزم، فقد تكـــون فنيـــة او مالية، او تتعلق باعمال الصيانة والتجديد.

ففيما يتعلق بالرقابة الفنية، تستند هذه الرقابة على دفاتر الشروط الملحقة بالعقد، وقد تتضمن حق ممثل الادارة في الدخول الى منـــاطق الاستثمار للاطلاع على مختلف الوثائق الفنية مــن رســوم وخرائــط، واجراء الاختبارات اللازمة على منسوب القــوى للتــأكد مــن كفــاءة معدلات الاستثمار.

وقد تتضمن عقــود ووثــائق ال BOT احكامــا تخــول الادارة اجــراء الرقابة الفنية في الادارة والتشغيل.

وفيما يتعلق بالرقابة المالية، فتتمثل هذه الرقابة بحـــق الادارة، باجراء التفتيش على حسابات الملتزم الخاصة باستثمار المرفــق العــام موضوع العقد. وقد تتضمن بعض عقود ال BOT بنودا تولـــي الادارة حق تعيين عضوين او اكثر ممثلين لـــها فــي مجلــس ادارة شــركة

---

[1] – المذكرة الايضاحية للمادة ٧ من القانون المصري رقم ٤٩٧ لسنة ١٩٥٤، وتعديلاتها.

المشروع. كما هو الامر في عقد ال BOT المتعلق بانشاء وتشغيل مطار القاهرة [1] .

وفيما يتعلق باعمال الصيانة والتجديد، فمن المتعارف عليه ان الاصول في المشاريع الانتاجية والخدمية، تستهلك مع الزمن، ما لم تتم صيانتها على الدوام، وتجديد ما تآكل منها، او تقادم به العهد، ولذلك يقتضي متابعة مستوى اداء المشروع للتأكد من عمليات الترميم والاصلاح والتجديد.

وما تجدر الاشارة اليه هو ان اعمال الصيانة والتجديد لا تقتصر على الاصول المادية فحسب، بل تتناول العنصر البشري لجهة التدريب وتجديد المهارات. ويلتزم المتعهد بالتكاليف والمصاريف اللازمة لذلك، باعتباره مسؤولا عن استقرار انتظام العمل بالمشروع طول مدته، وحتى انتقال ملكيته الى الدولة في حالة جيدة، حفاظا على رأس المال القومي من التداعي والانهيار.

اذا كان للادارة حق الرقابة ومتابعة المتعاقد معها في تنفيذ العقد، فما هو مدى حق الرقابة هذا ؟ وهل يؤخذ بمعناه الضيق او بمعناه الواسع ؟

قد يؤخذ حق الرقابة على المتعاقد بمعناه الضيق، وهو يعني مجرد التحقق من ان المتعاقد مع الادارة ينفذ العقد تنفيذا صحيحا متفقا مع شروط العقد ام لا. وهي قد تمارس الرقابة بهذا المعنى عن طريق

---

[1] – المادة ٣ من عقد ال BOT المتعلق بانشاء وتشغيل المطار

تعيين مندوب عنها، يشرف على تنفيذ العقد. ويشمل هذا الاشراف التحقق من صلاحية المواد التي يستعملها المتعهد في تنفيذ المشروع، وتناسب معدلات التنفيذ مع المواعيد المحددة.

غير ان هذا المعنى الضيق للرقابة لا يخرج عن القواعد العامة في تنفيذ العقود عموما. اما المعنى الواسع للرقابة وهو ما يعتمد عادة من قبل الادارة، فتجاوز المعنى الضيق الى ما هو اوسع واشمل، وبمقتضاه لا تكتفي الادارة بالرقابة الخارجية، بل تتدخل في التنفيذ، وتوجهه كما تشاء وفق مقتضيات المصلحة العامة. فلها ان تطالب المتعهد مثلا بتغيير طريقة التنفيذ، او الاسراع في معدله، كما لها ان تطلب ايضا الاستعانة بعمال آخرين.

وحق الادارة في الرقابة، وان كان ثابتا لها في كل العقود الادارية، فانّ مدى استعماله قد يختلف من عقد الى آخر. فهو في عقد الالتزام مثلا، اوسع مجالا وارحب نطاقا. والسبب في ذلك هو ان الملتزم يقوم بنفسه بادارة المرفق، ومن ثم يحق للادارة ان تتدخل في كل وقت لتغيير اسلوب الملتزم في ادارة المرفق العام، وطريقة تعامله مع المنتفعين بخدماته. اما في عقود الاشغال العامة ، فان حق الرقابة مسلم به ايضا. ولكنه لا يكون بالصرامة التي تستوجبها عقود الالتزام. اما في عقود التوريد فحق الادارة بالرقابة يكون اضعف، لانه من المسلم به ان الاصل هو حرية المتعاقد في اختيار اسلوب التنفيذ في هذه العقود، على ان هذا لا ينفي امكانية استخدام الادارة لهذا الحق اذا

اقتضى الامر، لانه حق يشمل جميع العقود الادارية بصورة عامة، ولكن مدى تطبيقه يختلف بحسب طبيعة كل عقد.

وفي جميع الاحوال ان حق الادارة في الرقابة على اعمال المتعاقد معها مسألة مسلم بها، وذلك لان العقود الادارية تتميز عن العقود المدنية لاحتياجات المرفق العام الذي تستهدف العقود تسييره، وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الافراد الخاصة. فبينما تكون مصالح الطرفين في العقود العادية متوازية ومتساوية، فهي غير متكافئة في العقود الادارية، حيث يجب ان يعلو الصالح العام على المصلحة الفردية الخاصة. وهذه الفكرة هي التي تحكم الروابط الناشئة عن العقد الاداري، ويترتب على ذلك ان للادارة سلطة الاشراف والتوجيه على تنفيذ العقود الادارية.

ويعتبر حق الادارة في الرقابة اكثر اهمية في عقود ال BOT من سواها. وذلك نظرا لطول مدة العقد التي قد تصل احيانا الى تسع وتسعين سنة، هذا من جهة،ومن جهة اخرى لان شركة المشروع تلتزم باعادة ملكية المرفق العام بحالة جيدة بعد انتهاء مدة الالتزام. وهذا لا يمكن ان يتحقق ما لم تتمتع الجهة الادارية بحق الرقابة والمتابعة في كل مراحل التنفيذ.

غير انه اذا كان للادارة حق الرقابة والاشراف والتدخل في اعمال الملتزم، فيقتضي الا تمارس حقها بشكل يؤدي الى اعاقة عمله ومباشرة نشاطه، بل على العكس من ذلك على الادارة ان تحرص، بصورة عامة، على ان تجعل للملتزم اليد الطولى في ادارة المرفق

واستثماره، مقابل التضحيات المالية التي يتكبدها الملــتزم. وهــذا مــا يلحظه دفتر الشروط العام لعقود امتياز الانارة في فرنسا، حيث تنــص المادة ٣٠ منه على انه ليس لموظفي الرقابة التدخل باي حال فـي ادارة الاستثمار. وكذلك الامر في المادة الرابعة عشرة من اتفاقيــة الامتيــاز البترولي في مصر، التي تنص على انه يراعي ممثل الهيئة في اثنـــاء ممارسته لحقوق الرقابة، عدم اعاقة عمليات المقاول، وهي العمليـــات الخاصة بالاستغلال.

وفي كل الاحوال لا يمتد حق الرقابة الى تغيير شروط التعـــاقد وبنوده. لان هذه المسألة لا تدخل في حق الرقابة. وبالتالي فعلى الادارة ان تمارس حقها في اطار نصوص العقد وشروطه، ولا تتجاوزها الـــى فرض شروط اخرى جديدة غير متفق عليها.

والنتيجة هي انه يتوجب على الادارة، في اثناء ممارستها للرقابة على الملتزم، ان توازن بين اعتبارين جوهريين همـــا : كفالـــة حريـــة الملتزم في ادارة المرفق العام، وضمان سير المرفـــق العـــام بانتظـــام واضطراد. وذلك من خلال اعمال سلطتها الرقابية، التي تتوقف عند حد الاشراف على عمليات الاستثمار.

٥ - سلطة الادارة في فرض العقوبات

وللادارة ان تفرض عقوبات على الملتزم، في حال اخطائه فـــي انشاء المرفق العام وتشغيله وادارته. لان هذه الاخطاء قد تــؤدي الـــى المساس بالمرفق العام، وما يترتب على ذلك من اضـــرار اقتصاديـــة واجتماعية، ولا سيما اذا كان هذا المرفق، من المرافق الحيويـــة التـــي

تزود المنتفعين بالحاجات الضرورية، كالماء والكهرباء، والغاز، وسواها.

وتختلف انواع هذه العقوبات، فقد تكون مالية تتمثل بالتعويض عن الاضرار، او تهديدية تستهدف اجبار الملتزم على الوفاء بالتزاماته، او متعلقة بمصير العقد كفسخه او الغائه. او جزائية اذا كان تصرف الملتزم يشكل جريمة منصوصا عليها في قانون العقوبات او غيره من القوانين.

وقد ايد القضاء حق الادارة في فرض العقوبات المختلفة، فقضت محكمة القضاء الاداري في مصر، في حكمها الصادر في ١٩٥٧/١١/٢٤ بان كل اخلال من جانب المتعاقد مع الادارة لا يقتصر على ان يكون اخلالا بالتزام تعاقدي فحسب، وانما فيه ايضا مساس بالمرفق العام، الذي يتصل بالعقد، واتصال العقد الاداري بالمرفق العام وضرورة الحرص على حسن سير هذا المرفق بانتظام واضطراد، يوجب ان تكون الجزاءات المترتبة على هذا الاخلال شديدة، وتنطوي في الواقع على معنى العقوبة. ومن هذه الجزاءات سلطة توقيع الغرامة عند التأخير في التنفيذ، ثم سلطة التنفيذ المباشر، بان تحل الادارة بنفسها محل المتعاقد معها في تنفيذ الالتزام، او ان تعهد بتنفيذه الى شخص آخر، ويتم هذا الاجراء على حساب وتحت مسؤولية المتعاقد مع الادارة، فيتحمل نتائجه المالية. وثالث هذه الجزاءات هي حق الادارة في فسخ العقد او الغائه بدون اللجوء الى القضاء، وذلك في حالة تقصير المتعهد تقصيرا جسيما.

ان فرض الجزاءات الادارية على المتعاقد مع الادارة، نظرية تتميز بها العقود الادارية، وهي تهدف الى ضمان تنفيذ التزامات المتعهد بصورة سليمة تضمن انتظام سير المرافق العامة، فاخلال المتعهد بالتزاماته يؤثر على سير المرفق العام بانتظام واضطراد. وقد تبنى الاجتهاد ذلك فقضت محكمة القضاء الاداري المصرية بان توقيع الجزاءات في العقود الادارية يخضع الى نظام قانوني غير معروف في القانون الخاص، وذلك لان هذه الجزاءات لا تستهدف، اساسا، تقويم الاعوجاج في تنفيذ الالتزامات التعاقدية، بقدر ما تتوخى تأمين سير المرافق العامة [1].

وتخضع الجزاءات الادارية الى نظام قانوني يختلف عن نظام الجزاءات في العقود المدنية. ويتمثل وجه الاختلاف بما يأتي :

فمن جهة توقع الادارة بنفسها الجزاءات على المتعاقد معها، من دون حاجة الى اللجوء الى القضاء. وحجة ذلك هي ان تهاون المتعهد في تنفيذ التزاماته او امتناعه عن هذا التنفيذ، يلحق بالمرفق العام اضرارا كبيرة، وتفاديا لذلك، اعطيت الادارة حق فرض الجزاءات بنفسها من دون اللجوء الى القضاء.

ومن جهة ثانية تستطيع الادارة ان توقع هذه الجزاءات على المتعهد من دون حاجة الى نص في العقد. وبفرض انه ورد في العقد نص على الجزاءات، فهي لا تتقيد بهذا النص بحيث لا يمكنها فرض جزاءات اخرى، بل يمكنها ان تفرض الجزاء الذي نص عليه العقد، كما

---

[1] - محكمة القضاء الاداري المصري، ١٩٥٧/٣/١٧، المجموعة، س ١١، ص ٢٧٣

يمكنها ان تفرض جزاءات اخرى غير منصوص عليها في العقد، من دون ان يحق للمتعهد التذرع بعدم النص على الجزاءات المفروضة.

وتتعدد صور الجزاءات فقد تكون مالية او تهديدية او فاسخة للعقد، او جزائية.

فالجزاءات المالية قد تكون تعويضات او غرامات. فالتعويض هو الجزاء الاساسي للاخلال بالالتزامات التعاقدية في القانون الاداري، وهو نظام قريب من النظام المعمول به في القانوني المدني، ولا سيما فيما يتعلق بكيفية تقديره، وفي اشتراط ركن الضرر، وكيفية تقدير التعويض وتحصيله. اما الغرامات فهي عبارة عن مبالغ اجمالية تقدرها الادارة مسبقا، بموجب نص في العقد يقضي بتوقيعها في حال اخلال المتعاقد بالتزام معين، ولا سيما فيما يتعلق بالتأخير في التنفيذ بحسب المواعيد المحددة بالعقد. وللادارة الحق بتوقيع الغرامة بقرار منها، من دون حاجة الى اثبات الضرر، بمجرد تحقق المخالفة او التأخير.

والجزاءات التهديدية تستخدمها الادارة كوسيلة لارغام المتعاقد على الوفاء بالتزاماته التعاقدية، كوضع المشروع تحت الحراسة القضائية، او حلول الادارة محل المتعهد في تنفيذ العقد، في عقود الاشغال العامة، او احلال غيره محله، والشراء على حساب المتعاقد في عقد التوريد.

وتعتبر هذه الجزاءات، جزاءات مؤقتة لا تنهي العقد، ولكنها تكل تنفيذه الى غير المتعاقد الاصلي وعلى مسؤولية هذا الاخير.

اما **الجزاءات الفاسخة** فتلجأ اليها الادارة مضطرة، حين يقع من المتعاقد معها اخطاء جسيمة، لا يكون معها امل او فائدة من استمرار العلاقة التعاقدية معه.

وبالنسبة الى الجزاءات الجزائية او الجنائية، فيحكمها مبدأ عام يقضي بانه لا جريمة ولا عقوبة بدون نص قانوني. وبالتالي لا يجوز للادارة، كقاعدة عامة، ان تفرض على المتعاقدين معها عقوبات جزائية، مهما كانت جسامة المخالفات التي يرتكبونها.

ج - الالتزام الثالث - مراعاة مدة تنفيذ العقد

ان احترام المدد، المنصوص عليها في العقود الادارية، بصورة عامة، يعد الترجمة العملية للقاعدة الاصولية التي تحكم سير المرافق العامة، في تقديم الخدمات الدائمة والمنتظمة للمنتفعين بها.

ويقتضي ان تتضمن العقود الادارية بندا يحدد المدة التي يتوجب خلالها على الملتزم تنفيذ التزامه. ولذلك تتضمن دفاتر الشروط العامة ومدونة العقود الادارية الفرنسية، مواد خاصة بضرورة مراعاة مدد التنفيذ [1]. وكذلك الامر في سائر دفاتر الشروط العامة. وتحرص القوانين عادة على فرض جزاءات تصل الى حد توقيع عقوبات جزائية على اخلال الملتزم بالتنفيذ خلال المدة المتفق عليها، والا تعرض، على الأقل، لغرامة التأخير. وهذه الغرامة هي مبلغ من المال محدد سلفا، يفرض على الملتزم، اذا لم يقم بتنفيذ التزامه خلال المواعيد

---

١ - Code des marchés publics 1979, Art. 45,59, 79,97, 193.

المتفق عليها في العقد. والأصل هو ان يتضمن العقد الاداري شـــرطا خاصا ينظم غرامة التأخير ويحدد مقدارها. ولا يكاد يخلو عقــد اداري من النص عليها، ووجوب استيفائها من الملتزم اذا اخل بمواعيد التنفيذ. واذا حدث ولم يتضمن العقد نصا على غرامة التأخير فان المشرع ينص عليه في قانون المناقصات، ويطبق نص المشرع اذا خلا العقد من نص بهذا المعنى.

وغرامة التأخير تستحق الاداء بقرار يصدر عن الادارة المتعاقدة المختصة من دون حاجة الى اصدار حكم قضائي يقضي بها. ولــلادارة ان تلزم المتعاقد معها بدفعها بمجرد تأخره في التنفيذ عن الميعاد المحدد في العقد، ودونما حاجة الى اثبات تحقق ضرر ما أصاب المرفق العــام نتيجة هذا التأخير. كما انه ليس للملتزم ان يدلي بانها غــير مســتحقة، طالما انه لم يلحق ضررا بالمرفق العام من جراء التأخر فــي التنفيــذ. فالضرر ليس شرطا لاستحقاقها، وذلك لان التأخر، فــي ذاتــه، يمثــل خسارة مؤكدة ومفترضة. وفي هذا الامر تختلف غرامة التأخرعن البنـد الجزائي، الذي يشترط لتطبيقه ولاستحقاقه حصول الضرر واثباتــه [١]، ومع ذلك فقد يسمح القضاء الاداري للادارة المتعاقدة، ان تعفي المتعاقد معها من غرامة التأخير كلها او بعضها، اذ هي قدرت انه لــم يلحــق المصلحة العامة أي ضرر من جراء التأخير [٢].

---

١ - المحكمة الادارية العليا المصرية، ١٩٦٣/٤/٢٧، و ١٩٦٤/٢/٨، ١٩٦٥/١٢/١١

٢ - المحكمة الادارية العليا المصرية، ١٩٧٠/٣/٣١

ان البحث في مدد التنفيذ يستوجب التطرق الى تحديد مفهومها، وكيفية احتسابها، والقوة الملزمة لها، والمبررات القانونية لعدم احترامها. وذلك وفقا لما يأتي :

١ - مفهوم مدة التنفيذ وكيفية احتسابها

تدل عبارة مدة التنفيذ على معان ثلاثة هي :

المعنى الأول :

يقصد بمدة التنفيذ، الفترة التي تمنح للملتزم لادارة المرفق العام واستثماره، ويعبر عنها بمدة الاستثمار، وهي مدة طويلة قد تصل الى تسعة وتسعين عاما. وهذه المدة هي ضرورية واساسية في عقد ال BOT ، لان من شأنها اتاحة الفرصة امام الملتزم لاسترداد ما دفعه من نفقات، فضلا عن ابتغائه الحصول على الارباح. وبهذا المفهوم تعتبر المدة عنصر مميزا بين عقد ال BOT وغيره من العقود المشابهة.

المعنى الثاني :

يقصد بمدة التنفيذ، المدة التي يلتزم المتعاقد خلالها باقامة المنشآت وتأمين الاجهزة والمعدات اللازمة لاستثمار المرفق العام.

المعنى الثالث :

مدة التنفيذ هي عبارة عن المواعيد الدورية لاداء الخدمات للمنتفعين بالمرفق العام، كمواعيد تسيير القطارات والطائرات

وغيرها، والتي تحدد عادة بالاتفاق بين السلطة المانحة للامتياز والملتزم.

بالنسبة الى احتساب المدة، فعادة ما يتضمن العقد تحديد تاريخ بداية التنفيذ ونهايته. واذا خلا العقد من ذلك، فيتم تحديد بداية المدة من التاريخ الذي يقوم فيه الملتزم بمباشرة عملية الاستثمار، وفي حالة توقف المرفق العام او انقطاع الملتزم عن مباشرة نشاطه، يتعين تسجيل اليوم الأول في التوقف او الانقطاع بصفة رسمية، وذلك درءا لاية خلافات قد تنشأ، مستقبلا، في هذا الشأن. واذا تضمن العقد اشغالا عامة، فان مدة التنفيذ، في هذه الحالة، تكون خاضعة الى رقابة الادارة، والى التعليمات والتوجيهات الصادرة الى الملتزم، في صورة اوامر مصلحية.

ويمكن للقاضي، اذا خلا العقد من تحديد المدة، ان يحدد مدة معقولة للتنفيذ، مسترشدا بالعرف الجاري الذي يختلف باختلاف الوسائل المستخدمة في مختلف مجالات الاعمال وتطورها من حين الى آخر. وحتى انه اذا حددت الادارة مدة غير كافية للتنفيذ، بحسب العرف الجاري، وكان العقد يتضمن نصا يقضي بمجازاة المتعاقد في حال تأخره في التنفيذ، فان الجزاء يعتبر على هذا النحو، من قبيل شرط الاسد [1].

---

[1] - هارون الجمل، النظام القانوني للجزاءات، اطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٧٩، ص ٤٠٤

وينبغي ان تمكن الادارة الملتزم من البدء في تنفيذ الاعمال، خالية من الموانع، ما لم يتفق على غير ذلك في العقد. ويكون التسليم بمحضر موقع من الطرفين، واذا لم يحضر الملتزم لتسلم الموقع في التاريخ المحدد، يحرر محضر بذلك، ويعتبر تاريخ هذا المحضر موعدا لبدء تنفيذ العمل.

غير انه يحق للملتزم ان يدلي برفع المسؤولية عنه، اذا اثبت ان التأخر في بدء العمل ناتج عن الادارة التي عرقلت التسليم، او تراخت فيه، او امتنعت عنه، بعدما طالبها بتسليم مواقع العمل.

وبصورة عامة، تبدأ مدة التنفيذ بالسريان منذ اليوم الذي تسلم فيه للملتزم، جميع المستندات اللازمة للبدء في التنفيذ، كالرسومات والخرائط والتصاميم وسواها. على ان الامر المصلحي الذي يعلن الى الملتزم بشأن البدء في التنفيذ، يجب ان يصادف قبولا منه، واذا ثار شك حول تاريخ البدء في التنفيذ ينبغي البحث عن النية المشتركة للطرفين، بشرط ان يكون العقد مصدقا عليه من السلطة المختصة، وان يتم ابلاغه من الملتزم، حتى ولو كانت اعمال التنفيذ قد بدأت قبل تاريخ التصديق.

٢ - القوة الملزمة لمدة التنفيذ

يكمن الاساس القانوني للقوة الملزمة لمدة التنفيذ في التوفيق بين فكرتين متميزتين هما : فكرة المرفق العام او النفع العام، من جهة، والرضائية من جهة اخرى. ويجمع معظم الفقه الفرنسي على اهمية هذا الالتزام، حيث يرى الفقيه جيز (Jeze) ان الالتزام بمدة التنفيذ ينتج ضمنا عن فكرة المرفق العام، وهو ليس بحاجة الى نص تشريعي،

ولا الى شرط خاص في العقد. فالمتعاقد مع الادارة، وقد ارتضى في عقد اداري، تعاونه في مرفق عام، فانه لا يلزم ، فقط، بتنفيذ التزامه، كما يفعل فرد تجاه آخر، بل يمتد التزامه الى كل ما يكون ضروريا لضمان السير المنتظم والمستمر للمرفق العام الذي ساهم في الموافقة على تسييره [١].

ويرى الفقيه بيكينو، ان المتعاقد يعتبر مخطئا، اذا لم يضمن، باستمرار وانتظام، وفي كل الظروف، ورغم كل الصعاب، القيام بالتنفيذ الدقيق للمرفق العام، ويعد مقصرا اذا أخل في تنفيذ اهم واشد التزاماته صرامة، لما يعرضه الى اقصى الجزاءات، ولا يمكن له ان يبرر خطأه الا في حالة القوة القاهرة، على ان يبذل عناية فائقة، تقرب من روح التضحية، بصرف النظر عن نصوص العقد المبرم بينه وبين الادارة [٢] .

والنتيجة هي انه، تبعا لمفهوم المرفق العام ومقتضياته، لا يسمح للملتزم بوقف التنفيذ، مهما كان عذره وان كانت الظروف طارئة، الا في حالة القوة القاهرة، او اذا ترتب على تقصير الادارة استحالة التنفيذ [٣].

---

١ - Jeze, p 204.

٢ - عبد المجيد فياض، اطروحة دكتوراه، ص ١٤٦، مشار اليها في عقد امتياز المرفق العام، BOT ، ابراهيم الشهاوي، م.س. ص ٢١١

٣ - بيكينو، ص ٣٢٧، محمد سعيد، م.س.، ١٤١

ولا يصح ان يستفيد الملتزم من قاعدة الدفع بعدم التنفيذ، المقررة في القانون الخاص. وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي هذا المبدأ في العديد من احكامه، ولا سيما عقد الامتياز الذي تتجلى فيه حكما اعمال المبدأ في ابرز صورها. ولقد امتد سريان هذا المبدأ الى العقود الادارية الاخرى، كعقد الاشغال العامة، اذ انه لا يحق للمقاول ان يوقف العمل انتظارا للفصل في دعوى فسخ العقد، او يستند الى تأخير الادارة في اداء المقابل، ووقف العمل حتى هذا الاداء [1].

وبهذا المعنى، قضت المحكمة الادارية العليا المصرية بأنه لما كان العقد الاداري يتعلق بمرفق عام، فلا يسوغ للمتعاقد ان يمتنع عن الوفاء بالتزاماته حيال المرفق، بحجة ان ثمة اجراءات ادارية قد ادت الى الاخلال بالوفاء باحد التزاماتها قبله، بل يتعين ازاء هذا الاعتبار، ان يستمر في التنفيذ، ما دام في استطاعته ذلك، ثم يطالب الادارة بالتعويض عن اخلالها بالتزاماتها، ان كان لذلك مقتضى، وكان له فيه وجه حق [2].

٣ - المبررات القانونية لعدم مراعاة مدة التنفيذ

المبرر الاول : القوة القاهرة، والحادث الفجائي

تعتبر القوة القاهرة قاعدة وثيقة الصلة بالتنفيذ، ويترتب على توافر شروطها القانونية، اعفاء الملتزم الذي يدلي بها من تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد، او منحه اجلا لتنفيذها.

---

[1] - محمد سعيد، ص ١٤١

[2] - جلسة ١٩٦٩/٧/٥، المجموعة، احكام السنة ١٤، ص ٩٣٢

وتختلف القوة القاهرة عن الظروف الطارئة. فالظروف الطارئة تعتبر قاعدة ذات طبيعة اقتصادية، يكون من نتيجتها زيادة الاعباء المالية على الملتزم، وهي لا تحول دون قيامه بالتنفيذ في الموعد المحدد، ما دام باستطاعته ذلك.

كانت الاحكام الاولى لقضاء مجلس الدولة الفرنسي، تتكر اعتبار القوة القاهرة سببا لاعفاء الملتزم من التنفيذ او التأخير فيه، الا اذا نص العقد على ذلك. وقد تعرض هذا القضاء للنقد من قبل الفقه بحجة منافاته للعدالة. الا ان الحال قد تطور منذ عام ١٨٥٨ في قضية (Sensine) حيث اعترف للمرة الاولى بالقوة القاهرة كمبرر قانوني لاعفاء المتعاقد من تنفيذ التزامه او التأخير فيه، حتى في حال عدم النص عليه في العقد.

وتجدر الاشارة في هذا المقام، الى وجوب عدم الخلط بين مفهوم القوة القاهرة، بوجه عام، ومفهوم القوة القاهرة كسبب لفسخ العقد، والتي اصطلح على تسميتها بالقوة القاهرة الادارية La force majeure administrative التي لا يتطلب القضاء في شأنها استحالة التنفيذ، بل مجرد قلب التوازن المالي للعقد. وتعد فكرة القوة القاهرة الادارية من مبتكرات مجلس الدولة الفرنسي، بموجب حكمه الصادر في ١٩٣٢/١٢/٩، في قضية شركة ترام شربورج. وقد كشف القرار المشار اليه عن التطور الحاصل لقضاء مجلس الدولة الفرنسي، في حرصه على تحقيق التوازن بين امرين : **الأول** : تحقيق النفع العام من خلال صيانة المال العام، وذلك باجباره الادارة على دفع

تعويضات للملتزم بشأن مرفق عام غير قابل للحياة، **والثاني : تحقيق** التوازن بين طرفي الرابطة العقدية من خلال السماح لاحد طرفي العقد بان يطلب من القاضي الحكم بفسخ العقد في حالة حصول عدم التوازن النهائي بين حقوق وموجبات كل من طرفيه. وهذا ما يحقق العدالة، ويرفع الظلم عن الطرف الذي يصبح قلب التوازن في غير مصلحته.

تجدر الاشارة الى ان قواعد مدة التنفيذ المتعلقة بالعقد الاداري، بوجه عام، تطبق على عقود ال BOT ، ولا سيما في الحالات الخاصة بهذه العقود، ومنها : اعداد الدراسات والتصاميم، وانشاء وادارة وتشغيل المرفق العام، والتأخير في التنفيذ، ووقف الانشاء، واحكام القوة القاهرة، والظروف الطارئة، والجزاءات المفروضة على الملتزم، ومنها غرامات التأخير، وغيرها من الاحكام العامة.

المبرر الثاني : فعل الادارة Fait de l'administration

يعتبر فعل الادارة، ولا سيما اذا كان له خصائص القوة القاهرة، مبررا قانونيا لعدم التنفيذ والتأخير فيه، اذا كان له علاقة مباشرة ووثيقة بالالتزام، ويؤدي الى تأخير الملتزم عن الوفاء، اذا كان غيرمتوقع، ويؤدي الى استحالة التنفيذ في المواعيد المتفق عليها.

ولا يشترط ان يكون فعل الادارة، بالضرورة، خطأ او اهمالا. فهناك حالات يكون فعل الادارة فيها استعمالا كاملا لمطلق حقها الثابت الذي لا نزاع فيه. فيعد سببا مبرئا لتأخير التنفيذ. ومن افعال الادارة التي اعتبرها الفقه مبررا لتأخير التنفيذ : تأخير الادارة في انجاز بعض

الاعمال المطلوبة منها، والتي يرتبط بها تنفيذ التزامات المتعاقد معها، كعدم قيامها بتنفيذ التزامها المتعلق بتسليم الملتزم مواقع العمل، او استدعاء عمال الملتزم للخدمة العسكرية في اثناء الحرب، وعدم كفاية الباقين للتنفيذ في الوقت المحدد.

د - الالتزام الرابع : التزام المتعهد او شركة المشروع بالتشغيل

تأتي مرحلة التشغيل بعد الانتهاء من تنفيذ المشروع واكتمال تجهيزاته الفنية التكنولوجية.

وتمثل هذه المرحلة جوهر العقد بالنسبة الى الملتزم او شركة المشروع. اذ ان التشغيل هو الذي يكفل له استرداد ما انفقه على بناء المشروع، وتجهيزاته، كما يكفل له الحصول على الارباح.

كما ان هذه المرحلة تعتبر مهمة بالنسبة الى الادارة او الجهة المانحة، لان كيفية التنفيذ تتصل بضرورة التزام المتعهد باجراء الصيانة اللازمة للمشروع، وتدريب العاملين فيه، والتزامه بنقل التكنولوجيا. وهذا ما نبحثه فيما يأتي :

ما هي القواعد الاساسية في تشغيل المشروع وادارته ؟

بما ان عقود ال BOT تتعلق بمرافق عامة، فعلى الملتزم ان يخضع للقواعد الاساسية التي تتعلق بسير المرافق العامة، بالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه المبادئ وطبيعة هذه العقود، ومركز الملتزم فيها، ومن المعلوم ان المبادئ التقليدية التي تحكم سير المرافق العامة، تتلخص في ثلاثة مبادئ هي : مبدأ مساواة الجميع امام المرافق العامة،

ومبدأ سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، ومبــدأ قابليــة المرفــق العــام للتغيير والتعديل .

١ ـ مبدأ المساواة

ففي ما يتعلق بمبدأ المساواة، يقتضي ان يتساوى جميع الافــراد امام المرفق العام، الذي يقدم اليهم الخدمة العامة.

ويجد مبدأ المساواة اساسه القانوني في الاحكام الدستورية، حيث تحرص معظم الدساتير عادة على النص عليه، ولا سيما لجهة تســاوي المواطنين في الحقوق والواجبات العامة، ولا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس او الأصل او اللغة او الدين أو العقيدة. وهذا ما تنص عليه المادة ٧ من الدستور اللبناني بقولها : « كل اللبنانيين سواء لدى القانون، وهم يتمتعون بالسواء بالحقوق المدنيــة والسياســية ويتحملــون الفرائــض والواجبات العامة دون ما فرق بينهم ».

كما ان هذا المبدأ يجد اساسه القانوني ايضا في فكــرة المرفــق العام، الذي يستهدف اشباع حاجة عامـــة، وتحقيــق مصلحــة جميــع المواطنين. ولذلك على الملتزم الا يميز في اداء الخدمة للجمهور بيـــن افراده.

وعندما تتعلق عقود ال BOT بمرفق عام، يؤدي خدمة عامة الى الجمهور، لا يجوز للملتزم ان يمتنع عن اداء الخدمة الى أي شخص اذا ما توافرت شروط تقديمها. فلا يجوز للمتعهد مثلا، في الــتزام يتعلــق بانشاء وتشغيل مطار، ان يميز بين الافراد، فيسمح لبعضهم باســتخدام

هذا المطار، ويمنع البعض الآخر من استخدامه بدون مسوغ قانوني. وكذلك الامر في انشاء وتشغيل الاوتوسترادات، ومحطات الكهرباء والماء والغاز وسواها.

ويقتضي استعمال المال العام من قبل جميع الافراد، من دون تفرقة او تمييز، ولكن في حدود الغرض والمنفعة التي اعد لها، وهناك ثلاث قواعد عامة ترسم اطار استعمال الافراد للمال العام، استعمالا عاما مشتركا بين الجميع، وهي : قاعدة حرية استعمال المال العام، وقاعدة المساواة في هذا الاستعمال، وقاعدة مجانية الاستعمال.

فبالنسبة الى حرية استعمال المال العام المخصص لاستعمال الجمهور، تعتبر حرية الاستعمال هذه، تعبيرا عن الحرية الشخصية، يمارسها الشخص باساليب مختلفة، كالتنقل في الشوارع والطرقات والساحات العامة والحدائق العامة، وشواطئ البحار، ودخول المتاحف العامة، ودور العبادة لممارسة الشعائر الدينية، وسواها. ولكن ثمة قيدان على هذه الحرية. **القيد الأول** : هو التقيد بطبيعة الغرض من استعمال المال العام، **والثاني** : هو المحافظة على النظام العام والضبط الاداري، كالأمن العام، والصحة العامة، والسكينة العامة.

وبالنسبة الى المساواة في استعمال المال العام، فان هذه المساواة، بالرغم من كونها مطلبا اساسيا من الناحية المبدئية، فهي ليست مطلقة في جميع الظروف والحالات، فقد تكون، احيانا، نسبية، أي انها تتحقق بين افراد الفئة الواحدة، وليس بين افراد المجتمع في جميع الحالات. كما لو تماثلت ظروفها وشروطها، او تماثلت في المركز

القانوني. وتطبيقا للمساواة النسبية، يمكن للادارة ان تعفي من يسكنون بجوار الطرق السريعة من رسوم المرور المقررة لها، لان في ذلك عنت وصعوبة لهم، لقرب منازلهم من هذه الطرق. ولكنها في هذا التمييز، يجب ان تطبق، بطريقة واحدة، مساواة نسبية. وكذلك الامر في استعمال الحدائق فقط من قبل الافراد مع اسرهم او مع والديهم، او لاستعمال الشيوخ للراحة والاستجمام.

اما بالنسبة الى مجانية استعمال المال العام، فلا يترتب في الأصل على الافراد مقابل لاستعمال المال العام. ومع ذلك فثمة استثناءات تجيزها القوانين للادارة، تقضي بتحصيل بعض انواع الرسوم، من الافراد، لقاء استعمالهم للمال العام. ولكن هذه الرسوم يجب ان تكون محددة ومعقولة وبدون مغالاة، كما هو الامر مثلا في الرسوم التي تفرض على دخول الشواطئ العامة، او المتاحف، او حدائق الحيوانات، او لقاء توقيف السيارات في اماكن معينة، وسواها. وهذا هو الامر في عقود ال BOT التي تفرض على الافراد رسوما لقاء استعمال المرفق العام. ولكن الامر يختلف في هذه الحالة الاخيرة، لجهة ان هذه الرسوم تدفع الى الملتزم،لقاء ما قام به من انشاء المرفق العام، وارباحه التي تدخل في الحساب، ولكن بموافقة واشراف الادارة.

٢ - مبدأ قابلية المرفق العام للتغيير والتبديل

وبالنسبة الى مبدأ قابلية المرفق العام للتغيير والتعديل، فهذا المبدأ تبرره ايضا طبيعة المرفق العام، على اعتبار ان المرفق العام يهدف الى اشباع حاجة جماعية، الامر الذي يبرر ضرورة تطوره، ولا

سيما لجهة الوسائل والاساليب التي يتم بها تحقيق هدف المرفق العـــام، وخصوصا لجهة ضرورة مواكبته لمتطلبات العصر، وحاجات المجتمع. ولذلك فمن المقرر ان تتمتع الادارة بسلطة تقديرية في تطوير المرفـــق العام،ولا يقيدها في ذلك الا استهداف الصالح العام [1] .

وبما ان المرفق العام قابل بطبيعته للتغيير والتعديل، فلا يحـــق للمنتفعين بخدماته، كما لا يحق لموظفي المرفق العام وعماله، التمســـك بالقواعد واللوائح السابقة على التعديل، بحجة انها كانت اصلـــح لـــهم، وبالتالي مقاومة سريان التعديلات الجديدة عليهم لانها أكثر شدة . فـــلا يجوز مثلا لطلاب الجامعة عدم تطبيق القواعـــد والانظمـــة الجديـــدة، بحجة، انها تشدد نظام الدراسة، كما لا يجـــوز للموظفيـــن العموميين الاعتراض على القوانين الجديدة التي تحكم مركزهـــم القـــانوني، لان القواعد السابقة كانت الاصلح لهم.

ومن صور التعديلات : تعديل اســـلوب ادارة المرفـــق العـــام، وتعديل تعرفة الرسوم، وتعديل قواعد الانتفاع بخدمات المرفق العام.

وينطبق مبدأ قابلية المرفق العام للتعديل والتغيير علـــى جميـــع انواع المرافق العامة، سواء كانت ادارية او صناعيـــة او تجاريـــة او مهنية. كما ينطبق على كل المرافق العامـــة مـــهما كـــان اســـلوب او طريقـــة ادارتها، سواء كانت تدار بصـــورة مباشـــرة، أي بواســـطة احـــدى الوزارات او المؤسسات العامة ، او كانت تدار باسلوب الالتزام

---

[1] – مصطفى ابو زيد فهمي، الوجيز في القانون الاداري، ج١، نظرية المرافـــق العامـــة، ص ١٨٤

او الامتياز، ومنها عقود ال BOT . فبالرغم من انه في هـــذه العقـــود يكون الملتزم شركة خاصة، او فردا من افراد المجتمع، الا انه يحـــق للادارة مانحة الالتزام ان تعدل نظام المرفق العام وقواعده، وهـــو مـــا يسمى بالشروط اللائحية لعقد الالتزام، طالما ان هذه التعديلات يوجبـــها الصالح العام، وحاجات المجتمع. وليس للشركة الملتزمة التـــي تتولـــى ادارة المرفق العام الاعتراض على هذه التعديلات، وانمـــا لـــها حـــق المطالبة بالتعويض المناسب عن الاضرار والاعبـــاء الجديـــدة التـــي يتضمنها النظام الجديد المعدل، تطبيقا لمبـــدأ التـــوازن المـــالي للعقـــد الاداري.

تعتبر سلطة الادارة في تعديل العقد الاداري من اهم ما يميز هذا العقد عن غيره من عقود القانون الخاص، التي تحكمها قـــاعدة العقـــد شريعة المتعاقدين.

وغالبا ما ينص العقد الاداري على سلطة الادارة فـــي تعديلـــه. ولكنه بفرض ان العقد لا ينص على ذلك فهل يحـــق لـــلادارة اجـــراء التعديل بالرغم من عدم النص عليه ؟

يذهب الرأي الراجح في الفقه والقضاء الى ان حق الادارة فـــي تعديل العقد الاداري مكرس حتى ولو لم يتضمن العقد أي نص علـــى حقها في التعديل، لان هذا المبدأ مقرر في العلم الاداري. وهذا ما ذهب اليه القضاء بتقريره ان الادارة تملك من جانبـــها وحدهـــا وبارادتـــها المنفردة، على خلاف المألوف في معاملات الافراد فيما بينـــهم، حـــق تعديل العقد في اثناء تنفيذه، وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها علـــى

نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت ابرام العقد، فتزيد من الاعباء الملقاة على عاتق الطرف الآخر او تنقصها، وتتناول الاعمال او الكميات المتعاقد عليها بالزيادة او النقصان، على خلاف ما ينص عليه العقد، وذلك كلما اقتضت حاجة المرفق العام هذا التعديل، ومن غير ان يحتج عليها بقاعدة الحق المكتسب، او بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز تعديله الا باتفاق الطرفين، وذلك لان طبيعة العقود الادارية، واهدافها، وقيامها على اساس المرافق العامة، تفترض مقدما حدوث تغيير في ظروف العقد وملابساته وطرق تنفيذه، تبعا لمقتضيات سير المرفق العام، وان التعاقد معها يتم على اساس ان نية الطرفين انصرفت عند التعاقد الى ضرورة الوفاء بحاجة المرفق، وتحقيق المصلحة العامة، مما يترتب عليه ان الادارة، وهي صاحبة الاختصاص في تنظيم المرفق العام وتحديد قواعد سيره، تملك حق تعديل العقد بما يوائم هذه الضرورة ويحقق تلك المصلحة. ومن ثم كانت سلطة التعديل مستمدة، لا من نصوص العقد فحسب، بل من طبيعة المرفق واتصال العقد الاداري به، وضرورة الحرص على انتظام سيره [1].

كما قضي بان سلطة جهة الادارة في تعديل العقد، او تعديل طريقة تنفيذه، هي الطابع الرئيسي لنظام العقود الادارية، بل هي ابرز الخصائص التي تميز نظام العقود الادارية عن نظام العقود المدنية، ومقتضى هذه السلطة ان جهة الادارة تملك من جانبها وحدها، وبارادتها المنفردة، وعلى خلاف المألوف في معاملات الافراد فيما بينهم، حق

---

[1] - محكمة القضاء الاداري المصري، ١٩٥٦/١٢/١٦، ورد في مؤلف جابر جاد نصار، م.س.، ص ٢٠٤

تعديل العقد، في اثناء تنفيذه، وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها على نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت ابرام العقد، فتزيد من اعباء الطرف الآخر، او تنقصها كلما اقتضت حاجة المرفق او المصلحة العامة هذا التعديل من غير ان يحتج عليها بقاعدة الحق المكتسب، او بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز تعديله الا باتفاق الطرفين، وهي من القواعد المقررة في مجال القانون الخاص، وذلك لان طبيعة العقود الادارية واهدافها وقيامها على فكرة استمرار المرافق العامة، تفترض مقدما حصول تغيير في ظروف العقد وملابساته، وطرق تنفيذه، تبعا لمقتضيات سير المرفق، وان التعاقد يتم على اساس ان نية الطرفين انصرفت عند ابرام العقد الى ضرورة الوفاء بحاجة المرفق، وتحقيق المصلحة العامة، مما يترتب عليه، ان جهة الادارة، وهي صاحبة الاختصاص في تنظيم المرفق وتحديد قواعد تسييره، تملك حق التعديل بما يوائم هذه الضرورة، ويحقق تلك المصلحة. وهي في ممارستها سلطة التعديل لا تخرج عن العقد، ولا ترتكب خطأ، ولكنها تستعمل حقا. ومن ثم كانت سلطة التعديل مستمدة، لا من نصوص العقد فحسب، بل من طبيعة المرفق واتصال العقد به، ووجوب الحرص على انتظام سيره واستدامة تعهد الادارة له، واشرافها عليه بما يحقق المصلحة العامة. فاذا ما اشارت نصوص العقد الى هذا التعديل فان ذلك لا يكون الا مجرد تنظيم لسلطة تعديل وبيان اوضاع واحوال ممارستها، وما يترتب على ذلك، من دون ان يكون في ذلك مساس بالحق الاصيل المقرر لجهة الادارة في التعديل. لذلك فانه من المقرر ان

جهة الادارة نفسها لا يجوز ان تتنازل عن ممارسة تلك السلطة لانـــها تتعلق بالنظام العام [1].

وبالرغم من ذلك فثمة رأي يذهب الى انكار حـــق الادارة فـــي تعديل العقد، الا اذا نص العقد على ذلك. ونحن لا نجاري هذا الـــرأي، بل نعتبر مع الرأي الراجح ان حق الادارة بالتعديل هو مبدأ مكرس في علم القانون الاداري لاتصاله بالمرفق العام وحسن تسييره. اما تضمـــن العقد نصا على سلطة الادارة في التعديل، فلا يعدو كونه منظمـــا بـــل معلنا لحقها، وليس منشئا له.

واذا كان مبدأ قابلية المرفق العام للتغيـــير والتعديـــل يطبـــق، بصورة عامة، على عقود ال BOT فانه يستحســـن ان يجـــري النـــص عليـــه في العقد، تأمينا لمصلحة الملتزم، وتمكينا له من اســـترداد مـــا انفقه، وما أمل به من ربح، ولذلك يقتضي ان يترتب علــــى اســـتخدام الادارة لسلطتها في تغيير وتعديل المرفق العـــام، ضــــرورة تعويـــض الملتزم، تعويضا عادلا يساوي قيمة ما انفقه على تطبيق التعديل.

٣ - مبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام واضطراد

وفيما يتعلق بمبـــدأ دوام ســـير المرفـــق العـــام، Principe de continuité des services publics فهو مبدأ جوهري تمليه طبيعة المرفـــق العام وفكرته، وذلك لان هذا المرفق تنشئه الدولـــة او الادارة المحليـــة

[1] - محكمة القضاء الاداري المصري، ١٩٥٧/٦/٣٠، قضية رقم ١٩٨٣ لسنة ٧ ق.

لاداء خدمات ضرورية للمواطنين، ولاشباع حاجة من حاجاتهم الاساسية، ويقتضي بالتالي تأمينها بدون انقطاع.

وقد استقر اجتهاد القضاء الاداري، بدون نص تشريعي مباشر، على ضرورة تطبيق مبدأ دوام سير المرافق العامة. ونشأ عن هذا الاجتهاد تطبيقات متنوعة منها : تحريم الاضراب في المرافق العامة، وتنظيم استقالة الموظفين، ونظام الموظفين الفعليين، ونظرية الظروف الطارئة في العقود الادارية.

فاعتبر المشرع اللبناني ان الاضراب في المرافق العامة جريمة يستحق فاعلها العقوبة الجزائية. وكذلك فعل المشرع المصري. كما اتجهت بعض الدول العربية الى منع اضراب الموظفين في المرافق العامة، ولجأت دول اخرى الى تقييد الاضراب بقيود وضوابط مشددة حماية لمبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام.

وقررت معظم التشريعات التي تعتمد نظام الوظيفة المغلق، ولا سيما في فرنسا ولبنان ومصر، وجوب التزام الموظف بواجبات الوظيفة والبقاء فيها، بالرغم من تقديم استقالته، حتى يصدر القرار بقبولها من السلطة المختصة التي عينته. فاذا اخل بواجبات وظيفته، قبل قبول استقالته، يعاقب تأديبيا، واذا ترك الوظيفة مدة معينة اعتبر مستقيلا بقوة القانون.

ومن تطبيقات مبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام، نظرية الموظف الفعلي، (Fonctionnaire de fait) ، التي ابتدعها اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي، وكان من نتيجتها ترتب نتائج قانونية على اعمال

شخص يمارس اعمالا وظيفية عامة، في وظيفة لم يعين فيها بالشكل القانوني الرسمي، اما لعدم صدور قرار بتعيينه اصلا، واما لان قرار تعيينه صدر معيبا وبشكل مخالف للقانون.

وقد تصح نظرية الموظف الفعلي في ظروف عادية كما لو اغتصب شخص وظيفة عامة وزاولها من دون ان يعين فيها اصلا. وهو يعاقب جزائيا في هذه الحالة. ولكنه يكون قد تعامل مع افراد حسني النية، اطمأنوا الى الوضع الظاهر واعتقدوا بان الشخص الذي يتعاملون معه، هو موظف قانوني. وكذلك الامر في حالة انتخاب عضو مجلس بلدي بدأ بممارسة اختصاصات، ثم صدر حكم من القضاء بابطال انتخابه. كما قد يفوض رئيس اداري أحد مرؤوسيه بممارسة بعض أعمال الرئيس، ثم يصدر حكم قضائي بعدم قانونية التفويض. ففي مثل هذه الاعمال، اعتبر القضاء الاداري ان اعمال الموظف الفعلي تكون صحيحة، بناء على فكرة الاوضاع الظاهرة، وضرورة المحافظة على حقوق الافراد حسني النية المتعاملين مع الموظف الفعلي.

كما تصح نظرية الموظف الفعلي في ظروف استثنائية، كحالة الحرب والثورات والفتن المسلحة، حيث يختل النظام العام للدولة، فيهجر بعض الموظفين وظائفهم بسبب عدم امكان الوصول اليها، ويتصدى بعض المواطنين العاديين لتسيير المرافق العامة. وقد اقر القضاء الاداري بشرعية اعمال هؤلاء الافراد، تطبيقا لمبدأ سير المرافق العامة بانتظام، وحتى لا تتعطل مصالح الافراد.

اما نظرية الظروف الطارئة فمجال تطبيقها يكون عندما يطـــرأ اختلال شديد في اقتصاديات العقد، يهدد المتعاقد مـــع الادارة بخســائر فادحة، وقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي، انه يقتضي ان يتابع المتعـــهد القيام بتنفيذ العقد الاداري، مقابل تعويضه عن الخسائر اللاحقة به، حتى لا يتوقف المرفق العام وتتعطل مصالح الافراد.

ان مبدأ دوام سير المرفق العام، يقتضي ان يتابع الملتزم قيامـــه بتسيير هذا المرفق، مهما استجد من صعوبات، الا فـــي حالـــة القـــوة القاهرة. وذلك لان توقف المرفق العام، عن اداء الخدمة، سواء كان هذا التوقف دائما او مؤقتا، يتعارض مع طبيعة المرفق العام.

وعلى المتعهد في عقد ال BOT ، ان يلتزم بهذا المبدأ، أي بدوام سير المرفق العام بانتظام واضطراد. وعادة ما تحرص القوانين التـــي ترخص للادارة بانشاء مرافق عامة على طريقة ال BOT على النـــص على آثار هذا المبدأ .

هـ - الالتزام الخامس : التزام المتعهد باعمال الصيانة

بما انه يترتب على الملتزم ان ينقل ملكية المشروع في نهايـــة المدة الى الادارة، بصورة جيدة، وصالحة للاستعمال، لذلك يتوجب عليه ان يعتني بصيانة المشروع مع سائر آلاته وادواته، بصـــورة دوريـــة، وبعناية عادية كاملة.

وللادارة ان تراقب مدى اهتمام الملتزم بالصيانة، عن طريـــق مراقبين فنيين يطلعون في كل الاوقات على مجرياتها.

ويجب ان يحدد العقد مواعيد الصيانة المختلفة، والطرف الذي يلتزم القيام بها، ومدى سلطة الادارة في التحقق من تنفيذ هذا الالتزام بصورة جيدة .

وتحدد اوجه الصيانة الواجب الاعتناء بها ومنها : مراقبة القطع والآلات وتجديدها وتغييرها، وفقا لطبيعتها وطرق استهلاكها.

ويتصل بالالتزام بالصيانة التزام المشغل بتطوير المعدات والآت المرفق، للمحافظة على كفاءته وقدرته على الاستمرار ومواكبة مستجدات الظروف، ولا سيما ان مدة الالتزام غالبا ما تكون طويلة، بحيث يقتضي تطوير الآلات والمعدات، وتغييرها جذريا، اذا اقتضى الامر، لتستطيع الاستمرار ومواجهة تطورات العلم والتكنولوجيا وحسن الاستعمال، فثمة مشاريع تستلزم في كل الاحوال، تطويرا دائما للمعدات والآلات، كمحطات الكهرباء، او المياه، او المطارات، او الطرق، وخصوصا ما يتصل بمشاريع الكمبيوتر والمعلوماتية.

وتظل شركة المشروع ملزمة عرفا باعمال الصيانة، وان لم ينص العقد عليها.

و - الالتزام السادس : التزام المتعهد بنقل التكنولوجيا وتدريب العاملين عليها .

جاء في « قانون السلوك لنقل التكنولوجيا، الذي قامت باعداده هيئة الامم المتحدة، ان عبارة : « نقل التكنولوجيا" تعني نقل معلومات

فنية تستعمل في انتاج السلع، او في تطبيق طريقة، او في تقديم خدمات ».

ومن امثلة نقل التكنولوجيا : نقل المعرفة والخبرة الفنية بمختلف اشكالها، كدراسات الجدوى، والخرائط والرسومات والتصاميم والنماذج والتركيبات، وتقديم الخدمات الفنية، كالخبرة الهندسية وتدريب العمال، والمعلومات الفنية اللازمة لتركيب او تشغيل اجهزة أو آلات، والمعلومات الفنية التي تمكن من تنتقل اليه الملكية من التعرف على حقيقة الآلات او الاجهزة او السلع التي تنتقل ملكيتها اليه، او على كيفية تركيبها او استعمالها.

وعرفت اللجنة التنفيذية لغرفة التجارة الدولية، التكنولوجيا الصناعية، بانها تشمل المعارف المطبقة، والطرق، والمعطيات الضرورية اللازمة للاستعمال الحي والفعال للتقنية الصناعية ووضعها موضع التنفيذ.

ويستنتج من التعريفيين المذكورين : ان لفظة تكنولوجيا تعني مجموعة الاعمال الفنية المتصلة بطرق مبتكرة لتطبيق انظمة علمية وعملية، او اسرار اختراع معين، وكيفية تشغيله.

وتعتبر المعلومات التي تتألف منها التكنولوجيا، بالمفهوم القانوني، مالا معنويا، يطلق عليه تسمية : حق المعرفة (Know-How) .

وللتكنولوجيا شأن في جميع الانشطة الاقتصادية من صناعية وزراعية وتجارية وخدمية ومهنية وسواها. كما تتوفر في ادارة

المشاريع الاقتصادية، حيث تدخل انظمة مبتكرة في تقسيم العمل. وتداول الاوراق والاضبارات، والرقابة على العمال.

وتعتبر التكنولوجيا قابلة للتداول، كغيرها من الاموال المنقولة المعنوية.

ويمثل عقد ال BOT ، مدخلا اساسيا لنقل التكنولوجيا المتقدمة الى الدولة المضيفة, ولشركة المشروع مصلحة جدية في اعتماد التكنولوجيا الحديثة، تسهيلا لادارة المشروع، وتحصيلا لاكبر قدر من الفوائد والارباح، وذلك لان هذه التكنولوجيا، المعتمدة على اقصى درجات التطور العلمي والفني، تقلل الاعتماد على الايدي العاملة، وتساعد على تقديم خدمات جيدة. كما ان للدولة المضيفة مصلحة في الحصول على تكنولوجيا حديثة ومتطورة تساعدها على التنمية الاقتصادية.

ويعد نقل التكنولوجيا من اهم الالتزامات المترتبة على المتعهد، او شركة المشروع، في عقد ال BOT . وذلك نظرا لطول مدة العقد، ولضخامة الاستثمارات التي يتضمنها، مما يستدعي الاستعانة بالتكنولوجيا المتطورة، والعمل على تطويرها باستمرار. ولا سيما انه يمكن للدولة المضيفة ان تطلب نوعا معينا من التكنولوجيا يتناسب وخططها التنموية.

يعين العقد مشتملات " المعرفة " التي يلتزم المتعهد بنقلها الى الدولة المضيفة. وتوضع المعلومات المتعلقة بها، عادة، في وثائق هي عبارة عن نشرات " وكاتالوكات" وتصميمات ومواصفات ورسومات

هندسية، وتركيبات وتعليمات، ومشروحات وصــــور. وتوضــع هــذه الوثائق في مجلدات تنتقل الى الدولة المضيفة بتسليمها اليـــها، وتلحــق بالعقد الذي ينص في متنه على اعتبارها جزءا لا يتجزأ منه. ومن امثلة هذه الملاحق : ملحق يشتمل على بيان تفصيلي بالمعلومات التي تحتوي عليها التكنولوجيا، وملحق للتصميمات والرسوم والصور، وغيرها مــن الوثائق اللازمة لاستيعاب التكنولوجيا، وملحق لبيان الاجــهزة والآلات اللازمة لتطبيق التكنولوجيا.

يتم نقل التكنولوجيا بان تضع شركة المشروع تحــت تصــرف الدولة المضيفة، مستندات المشروع وتصاميمه وخرائطه وتجهيزاتـــه، واسرار الانتاج والتشغيل، وكيفية اجراء اعمال الصيانة، وسواها مـــن المستندات المتعلقة بالطريقة التي يتوجب اتباعها لتشـــغيل المشــروع. ويكمل نقل التكنولوجيا هذه بالتعليمات الشفهية التـــي تعطـــى للفنييــن الذيــن يتولون تشغيل المشروع.

ولما كان تطبيق النظريات ووضعها موضع التنفيـــذ، يقتضـــي الاشراف، عمليا، على عملية التشغيل، فان نقل التكنولوجيـــا يســتلزم ملاحظة التشغيل ومراقبته، ولا سيما في المدة الاولى من الانتــاج. واذا اقتضى الامر، اكمال الوثائق المتعلقة بطريقة تشغيل المصنــع تطبيقــا للنظريات.

ويتصل بالالتزام بنقل التكنولوجيا، ضرورة تدريب عمال الادارة المضيفة. على استخدام التكنولوجيا المستعملة في المشروع، حتـــى اذا انتقل اليها في نهاية مدة الالتزام تصبح قادرة على تشغيله.

ويعتبر نقل التكنولوجيا عملية ملازمة لعقد ال BOT ولكنها لا تشكل، دائما مشروعا خاصا لشروط تدرج في العقد، عندما يكون الموظفون المكلفون بتشغيل المشروع حائزين على تكوين كاف وخبرة عملية، بحيث يكفيهم بعض التعليمات والتدريب كي يستطيعون القيام بالعمل. ولكن الامر يختلف عندما لا يكون لهؤلاء الموظفين خبرة عملية، ولا تكوين فني، او عندما يكون لهم القليل من الخبرة والتكوين، فعندئذ يكتسب تدريب الموظفين اهمية خاصة، لما يتطلبه الامر من وقت ونفقات، واختيار الموظفين المؤهلين لاكتساب التدريب والخبرة، ويقتضي عندئذ ادراج هذه العملية في بنود العقد.

ز - الالتزام السابع : التزام المتعهد بنقل ملكية المشروع الى الادارة المانحة

يعتبر نقل ملكية المشروع في نهاية المدة الى الدولة المضيفة، التزاما اساسيا في عقود ال BOT . فبعد انتهاء مدة العقد تلتزم شركة المشروع بنقل ملكية المرفق ، موضوع العقد، الى الادارة المضيفة، بحالة جيدة.

والاصل هو انتقال الملكية بدون مقابل، لان شركة المشروع تكون قد استردت ما انفقته في بناء المشروع، مع الارباح والفوائد، في اثناء فترة التشغيل. غير ان ذلك لا يمنع من ان ينص العقد على حصول شركة المشروع على تعويض عادل، او على تعويض رمزي، بحسب الاحوال.

وقد تجد الادارة المضيفة ان من مصلحتها ان تعهد الى شركة المشروع بادارته وتشغيله مدة من الزمن. فعندئذ يتوجب عليها ان تبرم معها اتفاقا جديدا بهذا الشأن، يكون موضوعه ادارة المشروع، بعد انتقال ملكيته الى الادارة المضيفة. فاستمرار شركة المشروع في ادارة هذا المشروع وتشغيله، لا يؤثر على نقل ملكية المرفق الى الادارة.

ويتوجب على شركة المشروع ان تنقل ملكية المرفق الى الادارة المضيفة بحالة جيدة، وصالح للاستخدام، وللادارة ان تتحقق من ذلك.

وبتنفيذ هذا الالتزام ينتهي عقد ال BOT وعندئذ، يقتضي تحويل جميع اصول المشروع، سواء كانت عقارية او منقولة، الى الادارة. فتنتقل ملكية المرفق اليها خالية من أي حقوق للغير كالرهونات والتأمينات وسواها. الا اذا نص العقد على غير ذلك، فيجب عندئذ، تنفيذ ما تم عليه الاتفاق.

ثانيا – التزامات الادارة

أ – الالتزام الاول : اعطاء الاذن للملتزم بتقاضي المقابل المالي

يمثل المقابل المالي الدافع الحقيقي للملتزم في ابرام عقد امتياز المرفق العام، بصورة عامة، وعقد ال BOT بصورة خاصة. ويحصل الملتزم على هذا المقابل بشكل رسم يتقاضاه مباشرة من المنتفعين من المرفق العام.

ويحتاج تقدير الثمن او الرسم الى العديد من الدراسات التي تأخذ بعين الاعتبار كافة الظروف والتغيرات، من اسعار المواد الخام

والمعدات التي سيتم توريدها، والهبوط في سعر العملة المحلية، والمتغيرات المحلية والعالمية من الناحية الاقتصادية، على اعتبار ان تنفيذ المشروع سيستمر لاعوام طويلة.

اختلف الفقه حول طبيعة الرسم، وما اذا كان من الشروط اللائحية او من الشروط التعاقدية، فذهب معظم الفقه الى ان طبيعة الرسم هي لائحية. وبالتالي تستطيع الادارة تعديله بارادتها المنفردة

اما الاقلية فتميز بين حالتين :

الحالة الاولى : في علاقة كل من الادارة والملتزم بالمنتفعين، تكون الشروط المتعلقة بتحديد طبيعة الرسم ذات طبيعة لائحية، مما يسمح للادارة بالتدخل في تعريفة الاسعار باعتبارها قيّمة على تحقيق النفع العام.

الحالة الثانية : في علاقة الادارة بالملتزم تكون الشروط المتعلقة بتحديد الرسم ذات صفة تعاقدية، وبالتالي يمتنع على الادارة ان تنفرد بتعديله.

يرى البعض ان الشروط المتعلقة بالمقابل النقدي في العقود الادارية تعتبر شروطا تعاقدية، لا يجوز للادارة تعديلها بارادتها المنفردة. ولكنه يرد على هذه القاعدة استثناءان :

الاستثناء الاول :

يتعلق بالرسم الذي يتقاضاه المتعاقد مع الادارة، حيث يعد شرطا من الشروط اللائحية التي يمكن للادارة ان تعدلها او تغيرها بارادتها المنفردة من دون حاجة الى موافقة الملتزم.

الاستثناء الثاني :

يتعلق بالعقود التي تؤدي وظائف الاعمال الشرطية، فهذه العقود تعهد الى المتعاقد معها مراكز نظامية، كعقد التوظيف. فالمرتب الذي هو المقابل المالي لعقد التوظيف يصبح تابعا للمركز النظامي، ومن ثم تستطيع الادارة ان تعدله، بالنقص او بالزيادة، كلما ارادت [1] .

وعلى ذلك فان المقابل المالي الذي يستحقه المتعاقد مع الادارة قد يكون ثمنا، وقد يكون رسما، كما هو الامر في عقود الامتياز ويعتبر الرسم هو المقابل المالي الذي يحصل عليه الملتزم في هذه العقود، وهو يحصله من الجمهور، وهذا الرسم هو، بمقتضى النظرية التقليدية، من الشروط اللائحية، على خلاف الثمن في العقود الاخرى. ومن ثم فان الادارة تستطيع ان تغير الرسم، بارادتها المنفردة، حسب ما تقتضيه مصلحة المرفق العام.

ويختلف الامر في عقود ال BOT لان الملتزم هو الذي يتكفل ببناء المرفق العام وتشغيله خلال مدة العقد، وغالبا ما يكون العائد في مدة التشغيل كافيا لاسترداد ما انفقه الملتزم في بناء المرفق العام وتحقيق الارباح المبتغاة. ولذلك فالرسم الذي يفرضه مقابل تأدية الخدمة للمنتفعين. يعد من الشروط التعاقدية التي تخضع للاتفاق بين الملتزم والادارة المانحة. واذا رأت الادارة ان سعر الخدمة التي يقدمها المرفق عالية التكلفة، ولا تتناسب مع قدرة جمهور المنتفعين، فلها ان تتدخل

---

1 – سليمان الطماوي، الاسس العامة، ص ٣٨٥؛ جابر جاد نصار، م.س.، ص ١٥٥

عن طريق شراء الخدمة من الملتزم، واعادة بيعها الى الجمهور، وهو ما يحدث عادة في انشاء محطات الكهرباء وفقا لنظام ال BOT .

بما ان الرسم يمثل أهم حقوق الملتزم في العقود الادارية. وبما ان معظم الآراء تعتبر ان للادارة مطلق الحرية في تعديل هذا الرسم، فيقتضي بحث الاحكام المنظمة للرسم على الشكل الآتي :

١ - القواعد العامة في تحديد الرسم

يتولى العقد ودفتر الشروط، عادة، تحديد الرسم المقرر للملتزم، مقابل تنفيذه العقد، وحق الادارة في تعديله، اذا اقتضت الضرورة ذلك، في ضوء الظروف المتوقعة او غير المتوقعة. وعادة ما يميل التحديد الى المرونة في وضع الحد الاقصى للرسم،بحيث لا يجوز للملتزم تخطيه.

وقد ترد قيود على حرية كل من الادارة والملتزم في تحديد الرسم. ومن اهمها قيدان : **القيد الاول : النص التشريعي** : حيث يحدد المشرع صراحة السعر الذي يتعين ان تقدم على اساسه الخدمة للمنتفعين بالمرفق العام، كتحديد تعرفة الكهرباء والماء والغاز وسواها. **والقيد الثاني : احترام مبدأ المساواة في الرسم بين المنتفعين** : الذي يقضي بضرورة التسوية في الرسوم بين المنتفعين عموما. والمقصود بالمساواة هو توحيد المعاملة بين المنتفعين متى تماثلت الظروف.

٢ - القواعد العامة في تعديل الرسم - السلطة المختصة بالتعديل

تقضي القواعد العامة في تعديل الرسم ، بتحديد السلطة المختصة بتعديله، واساليب هذا التعديل.

وبما ان العقد هو شريعة المتعاقدين، وبما ان تحديد الرسم في العقد اساسا، جرى وفقا لارادة المتعاقدين، فلا يجوز تعديله مبدئيا، اذا استمرت الظروف نفسها بعد التعاقد. فيتوجب على الملتزم التقيد بقوائم الاسعار المحددة في العقد ودفاتر الشروط، ولا يحق له ان يعدل الرسم من دون موافقة الادارة المانحة، ما لم يتضمن العقد ودفاتر الشروط، نصوصا تخول الملتزم التعديل، بنسب معينة، وبحسب ضوابط خاصة.

واذا تضمن العقد نصوصا لا تسمح للملتزم المطالبة بالحصول على اكثر من الرسم المحدد، ثم نشأت ظروف جديدة تستوجب التعديل، فان الادارة المانحة تستطيع، بالاتفاق مع الملتزم تعديل الرسم زيادة، مع مراعاة الاجراءات المقررة. ولكن هل يحق للادارة المانحة، بالرغم من الظروف المستجدة، ان ترفض زيادة الرسم ؟

يرى الفقيه الفرنسي دولوبادير ان الادارة يمكنها ذلك، لانها تتمتع بسلطة تقديرية في رفض طلب الملتزم، زيادة الرسم المقرر في العقد. غير انه يحد من سلطة الادارة، في هذا الشأن، ما قد يرد في العقد من نصوص، كتغيير الاسعار، وفقا لتغير الظروف، او اذا ضمنت الادارة للملتزم الحصول على حد ادنى من الارباح. فحينئذ يتعين على الادارة ان توافق على زيادة الرسم بما يحقق لها تلك النسبة، او اذا رغبت في ان تتحمل الفرق.

وفي حال رفض الادارة الموافقة على زيادة الرسم، لا يمكن الزامها، قضاء على ذلك، الا اذا كان رفضها متضمنا تعسفا باستعمال الحق، لا يستند الى اسباب معقولة، اذ في هذه الحالة، يمكن الحكم عليها بالتعويض على اساس الخطأ.

هل يحق للادارة المانحة تعديل الرسم بارادتها المنفردة ؟

بما ان غالبية الفقه الفرنسي ترى ان الشروط المتعلقة بالرسم تتسم بالصفة اللائحية، فهي تسلم بحق الادارة منفردة بتعديل الرسم، غير ان اقلية من الفقهاء ترى اسباغ الصفة التعاقدية على الشروط المتعلقة بالرسم، ولذلك فهي تنكر على الادارة حق اجراء أي تعديل في الرسم، من دون موافقة الملتزم.

اما القضاء الفرنسي فيجاري رأي الاقلية، ويسلم بالصفة التعاقدية للشروط المتعلقة بتحديد الرسم، ويرفض اعطاء الحق للادارة المانحة بتعديل الرسم من دون موافقة الملتزم. ومن المبادئ التي ارستها الاحكام القضائية الفرنسية : ان للجهة المانحة حق التدخل بين الملتزم والمنتفعين حول اسس احتساب الرسوم المقررة،بهدف ضمان احترام الشروط الواردة في العقد، وليس من قبيل فرض تعديلات لم تكن موضوع اتفاق. وفي حالة عدم الاتفاق بين الجهة المانحة والملتزم، على اعادة النظر في الرسوم، فان اسس اعادة النظر فيها، تتم وفقا لما هو منصوص عليه في العقد ودفاتر الشروط العامة، لانه لا يحق للادارة المانحة ان تخفض الرسوم المقررة بما يخالف العقد.

٣ - الاساليب المتبعة في تعديل الرسم

يتم تعديل الرسم اما بمقتضى الاتفاق، او وفقا لنص تشريعي.

الاسلوب الاتفاقي :

يحق للادارة المانحة ان تتفق مع الملتزم على تعديل الرسم، وفقا لما ينص عليه العقد ودفاتر الشروط، التي تجيز مراجعة الاسعار واعادة النظر فيها، تبعا لتغير الظروف المتوقعة او غير المتوقعة.

الاسلوب التشريعي :

يتدخل المشرع في تعديل الرسم، في ضوء سياسة توجيه الاسعار التي تنتهجها معظم الدول، حفاظا على النفع العام ومصالح المنتفعين. ويتم تدخل المشرع في مجال تعديل الرسم اما بصورة مباشرة او بصورة غير مباشرة.

ومن مظاهر التدخل المباشر اصدار تشريعات بتعديل الرسم، كالقانون الفرنسي الصادر في ١٩٣٥/٧/١٦، الذي قرر تخفيض اسعار الانارة حماية للمنتفعين.

اما التدخل غير المباشر، فيحصل عندما يخول المشرع الجهة المانحة سلطة تعديل الرسوم المتفق عليها سابقا. ولا يعد ذلك تعديلا للرسم بارادة الادارة المنفردة، لان الادارة تقوم بهذا التعديل بناء على السلطة المعطاة لها من قبل المشرع.

الالتزام الثاني : احترام الادارة لالتزاماتها العقدية

من حق الملتزم على الادارة ان تحترم التزاماتها التعاقدية. ومن اولى هذه الالتزامات، العمل على تنفيذ العقد بمجرد ابرامه.

وتلتزم الادارة، عند تنفيذ العقد، باحترام كافة الشروط الواردة فيه، وذلك وفقا لمقتضيات حسن النية في تنفيذ العقود. وعليها ان تنفذ شروط العقد بأكملها، وان كان يحق لها ان تنقص او تزيد فيه اعمالا لسلطتها المنفردة في تعديل التزامات المتعاقد معها في حدود معينة.

وان مخالفة الادارة لالتزاماتها في عقد ال BOT ، يؤدي اما الى التزامها بدفع التعويض، او الى فسخ العقد على مسؤوليتها.

فيتوجب على الادارة ان تعوض الملتزم عما لحق به من خسائر بسبب خطأ الادارة. ويقدر التعويض وفقا لقواعد القانون المدني، التي تمثل القواعد العامة، ويراعى دور كل من طرفي العقد في ارتكاب الخطأ، فاذا كان مشتركا، تحمل كل من الطرفين نصيبه فيه.

يميز فيما، يتعلق بعبء اثبات الضرر، بين حالتين :

الحالة الاولى : مخالفة الادارة لالتزاماتها التعاقدية، بدون سبب مشروع والتي يكون اثبات الضرر فيها امرا سهل الاثبات، حيث يعتبر عدم تنفيذ الادارة لموجباتها التعاقدية، خطأ نشأ عنه ضرر أصاب الملتزم.

والحالة الثانية : وهي مخالفة الادارة لالتزاماتها التعاقدية، اعمالا لسلطتها المشروعة في تعديل العقد. وفي هذه الحالة يتشدد القضاء في اثبات الضرر الذي يصيب المتعهد، نتيجة اجراء التعديلات المشروعة.

وفيما يتعلق بفسخ العقد، فان القضاء يراقب وجود خطأ عقدي جسيم من قبل الادارة في تنفيذ التزاماتها التعاقدية. ويقدر درجة جسامة المخالفة، كعدول الادارة عن المشروع دون سبب مشروع، او تأخرها تأخرا ملحوظا في البدء بتنفيذ العقد، ونظرا لخطورة فسخ العقد يجب ان يكون تأخر الادارة عن التنفيذ خطيرا، وعلى نحو يجاوز القدر المعقول.

ويتوجب على الملتزم متابعة التنفيذ، حتى ولو اقام الدعوى، الى ان يصدر الحكم بالفسخ، وبدون ان يكون له حق الدفع بعدم التنفيذ، والا تعرض للمسؤولية.

واذا كان الملتزم محقا في دعواه يحكم له بتعويض كامل يغطي ما لحق به من خسارة وما فاته من كسب. ويقدر التعويض بتاريخ النطق بالحكم، مع فوائد التأخير من تاريخ الحكم، وليس من تاريخ اقامة الدعوى، طالما ان مبلغ التعويض غير محدد بتاريخ اقامة الدعوى.

الالتزام الثالث : تسليم مواقع العمل

تلتزم الادارة بتسليم الملتزم مواقع العمل في الموعد المناسب، حتى لا يترتب على التأخر في التسليم التأخير في تنفيذ الاعمال، والاخلال بالجدول الزمني. وعليها ان تسلم مواقع العمل بصورة خالية من العقبات والموانع التي تحول دون التنفيذ، مادية كانت او قانونية، ومن هذه الموانع ادعاء ملكية الموقع من قبل الغير.

الالتزام الرابع - معاونة الملتزم

كما تلتزم الادارة المانحة بمعاونة الملتزم في الحصول على التصاريح والتراخيص المطلوبة، وتوصيل الخدمات الاساسية اللازمة لاتمام العمل، ومنها المياه والكهرباء والهاتف.

ثالثا - التوازن المالي

اذا كانت قاعدة العقد شريعة المتعاقدين هي السائدة في العقود المدنية، وهي تعني بان طرفي العقد يلتزمان بتنفيذ التزاماتهما كما هي محددة وثابتة، فان القاعدة العامة في العقود الادارية هي اكثر مرونة، وتقوم على التوازن المالي بين المتعهد والادارة. ومبعث هذه القاعدة يقوم على اتصال العقد بنشاط مرفق عام يبرر للادارة ان تغير في التزامات المتعاقد معها. وهذا التغيير قد يؤدي الى قيام المتعهد باعباء اضافية تستلزم نفقات جديدة لم تلحظ في العقد، وعلى المتعهد ان يقوم بها، بدون ان يكون له الحق في الاعتراض عليها، لضرورة دوام سير المرفق العام بانتظام واضطراد.

غير ان الاعباء الاضافية التي يتكبدها المتعهد، من جراء تعديل وتغيير التزاماته، تستدعي اعادة التوازن بين موجباته وحقوقه. وبالتالي يقتضي على الادارة من اجل تحقيق هذا التوازن ان تعوض عليه بزيادة حقوقه. بحيث اذا زادت التزاماته مع الادارة، زادت حقوقه ايضا، وهذا هو المقصود بفكرة التوازن المالي في العقود الادارية.

وقد ظهرت فكرة التوازن المالي في العقود الادارية في قضاء مجلس الدولة الفرنسية، وما لبثت ان استقرت في الفقه والقضاء كمبدأ اساسي يحكم التزامات المتعاقد مع الادارة.

وتستهدف فكرة التوازن المالي تحقيق التعاون في تنفيذ الالتزامات المتقابلة بين طرفي الرابطة العقدية، أي الادارة والمتعهد، استنادا الى قواعد العدالة، التي تقضي بعدم اثراء احد طرفي العقد على حساب الطرف الآخر. وذلك لان زيادة التزامات واعباء الملتزم بفعل الادارة على نحو غير متوقع لحظة ابرام العقد، ثم تقاعسها او رفضها مساندته للتغلب على تلك الاعباء الجديدة، هو امر يؤدي الى نتيجة مزدوجة، فخدمات المرفق العام مهددة بالتوقف لعجز الملتزم عن القيام بتنفيذ التزاماته، ولا سبيل امام الادارة سوى مد يد العون الى الملتزم لاعادة التوازن المالي والاقتصادي للعقد.

وتختلف فكرة التوازن المالي عن الخطأ المنسوب الى الادارة، والذي على اساسه يحكم عليها بالتعويض. فتكليف الملتزم باعباء جديدة من اجل دوام واستمرار وانتظام المرفق العام، لا يشكل خطأ من الادارة، بل ضرورة ملحة يتطلبها الانتفاع بخدمات المرفق العام بشكله الافضل، وتأمين حسن سير المصلحة العامة.

ترتبط فكرة التوازن المالي بالنية المشتركة لطرفي العقد. ولذلك كثيرا ما يلحظ العقد بندا يقضي بضمان الادارة لتوازن المتعهد المالي. واذا لم يتضمن العقد نصا بهذا المعنى،فان مرجع الأخذ بفكرة التوازن المالي يرتد الى مفهوم العدالة وصالح المرفق العام، والتعاون بين

الادارة والمتعهد على تأمين دوام هذا المرفق بالطريقة الفضلى. ولذلك ينبغي الا يعتبر المتعاقد مع الادارة صاحب مصلحة متعارضة مع مصلحة الدولة، بمجرد كونه يبغي من تعاقده، استرداد نفقاته وتأمين ارباحه المشروعة. ولكنه اذا انحرف عن هذه الغاية، وحاول الحصول على ارباح غير مشروعة، او اسرف في طلب الربح، يكون من حق الادارة ان تفسد عليه سعيه، ولا ترضى الا بارباحه المشروعة والمعقولة. وعلى العكس من ذلك اذا تكبد المتعهد نفقات اضافية لم تكن متوقعة عند ابرام العقد، او كلفته الادارة باعمال اضافية ادت به الى دفع نفقات اضافية، ووقت اطول، فيكون من حقه على الادارة الا يتحمل وحده كل التكاليف الاضافية، وان تسهم الادارة معه بقدر معين، فتعوضه تعويضا عادلا عما يصيبه من اضرار، ولو لم يكن ثمة خطأ من جانبها، تأسيسا على انه ليس من العدل والانصاف وحسن النية في المعاملات، ان يترك المتعاقد فريسة لظروف مكلفة لا يد له فيها، وبدون أي تعويض، استنادا الى ظروف غير مؤاتية لا يد له فيها، وبدون تعويض، تقيدا بنصوص العقد الحرفية.

وخلاصة القول هي ان اختلال التوازن المالي للعقد الاداري، بوجه عام، بما يحمله من خصائص ذاتية، يمثل السبب المبرر في تقرير مبدأ التعويض في جميع الاحوال، باعتبار ان التوازن المالي، كقاعدة عامة يستهدف الحفاظ على كيان العقد، كما روعي عند التعاقد، حتى يسير المرفق العام ويؤدي خدماته الى المنتفعين به، من دون انقطاع، أما اساس الحكم بالتعويض فيتحدد وفق الظروف المتوقعة او غير المتوقعة التي يحدث فيها اختلال في العقد.

واذا كان لا خلاف في الفقه والاجتهاد، على القبول بمبدأ اعادة التوازن في العقود الادارية، فلا بد من بحث كيفية هذا التوازن. ويميز في هذا الشأن بين اعادة التوازن في الظروف المتوقعة او العادية، واعادة التوازن في الظروف غير المتوقعة.

فبالنسبة الى اعادة التوازن في الظروف المتوقعة، غالبا ما يحرص المتعاقدان على تضمين بنود العقد شروطا تجيز اعادة النظر في المقابل المالي المستحق للمتعاقد، في ضوء التغيير المتوقع في الظروف الاقتصادية التي قد تطرأ خلال مدة تنفيذ العقد، حيث قد ينشأ في اثنائها اختلال في التوازن المالي. كما قد تتضمن دفاتر الشروط والوثائق الملحقة بالعقد، احكاما منظمة لاعادة النظر في المقابل المالي، والرسوم المستحقة للملتزم في ضوء المتغيرات الاقتصادية المتوقعة. وذلك لانه مع طول المدة التي يستغرقها تنفيذ العقد، يصعب تحديد الاسعار منذ بدء الالتزام، على وجه ثابت لا يتغير، ومن الجائز، بعد مضي وقت معين ان تصبح الاسعار غير ملائمة للظروف الاقتصادية التي ابرم العقد في ظلها. ولذلك يقتضي الامر اعادة النظر، بصورة دورية، كقاعدة عامة بهدف الحفاظ على التوازن المالي للعقد، في ضوء المتغيرات الاقتصادية المتوقعة.

كما ان المشرع قد يتدخل في اعادة التوازن المالي، فيضع قيودا تشريعية، كما هو الامر في اجراءات وقف ارتفاع الاسعار، اذ قد يصدر قرارا او تشريعا بتثبيت اسعار جميع المنتجات والخدمات حتى

تاريخ معين، في ظل سياسة توجيه الاسعار من اجل حماية جمهور المستهلكين.

وقد يرى المشرع احلال الاسلوب الاداري محل الاسلوب التعاقدي، في ما خص تغيير المقابل النقدي المستحق للمتعاقد في ضوء التقلبات الاقتصادية المتوقعة، فلا يعتبر المقابل النقدي تلقائيا، وفقا للمعدلات الحسابية المنصوص عليها في الشروط التعاقدية، وانما يتم التغيير وفق معدلات حسابية اخرى، تستقل الادارة بتحديدها. وهذا ما فعله المشرع الفرنسي بالمرسوم الصادر في ١٩٤٥/٦/٣٠. وقد اقر مجلس الدولة الفرنسي مشروعية الاجراءات التحكمية، خصوصا في مجال عقود امتياز الانارة حماية للمستهلكين. وذلك لان تحديد الرسوم التي يتقاضاه الملتزم من المنتفعين يعد امرا جوهريا لصيقا باختصاص الادارة القيمة على تحقيق النفع العام. وهذا ما أكده الفقيه الفرنسي دو لو بادير في تقويمه لمرسوم ١٩٤٥/٦/٣٠ بقوله ان هذا المرسوم لا يؤثر على فاعلية الشروط العقدية المتصلة بمراجعة المقابل النقدي المستحق للمتعاقد، لان هذه الشروط تستهدف تقرير مبدأ اعادة النظر في الثمن او الرسم، ولم تحدد فيها المعدلات الحسابية للتغيير بصورة تلقائية. وعلى هذا الاساس، فان التغيير، اعمالا لهذا المرسوم، يتم اجراؤه حسب المعدلات الحسابية، التي تستقل الادارة بتحديدها تطبيقا لاحكامه.

اما بالنسبة الى اعادة التوازن المالي في ظل الظروف غير المتوقعة، فقد ابتدع الفقه والقضاء نظريات قانونية ثلاث لاعادة هذا

التوازن هي : نظرية فعل الامير، ونظرية الظروف الطارئة، ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة. وسنستعرض هذه النظريات، بصورة مقتضية.

النظرية الا ولى : فعل الامير او فعل الحاكم Le fait du prince

١ - مفهوم النظرية

ابتدع هذه النظرية مجلس الدولة الفرنسي. وهي اول النظريات التي اراد بها القضاء الاداري الفرنسي اقامة التوازن المالي في العقد الاداري بين التزامات وحقوق المتعاقد مع الادارة.

عرف البعض فعل الامير بانه تصرف قانوني غير متوقع صدوره من الجهة المانحة، دون خطأ منها، ينجم عنه اختلال في المركز المالي للمتعاقد معها مما يرتب التزاما عليها بتعويضه عن كافة الاضرار التي تصيبه، في نحو يعيد لعقد الامتياز توازنه المالي والاقتصادي، وفق الحالة الطبيعية التي كان عليها لحظة ابرامه [1].

وتحدد محكمة القضاء الاداري المصري نظرية فعل الامير، في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٥٧/٦/٣٠، على الشكل الآتي : ان المقصود بنظرية فعل الامير، هو اجراء تتخذه السلطات العامة، ويكون من شأنه زيادة الاعباء المالية للمتعاقد مع الادارة، او في الالتزامات التي ينص عليها العقد، مما يطلق عليه بصفة عامة " المخاطر الادارية ". وهذه الاجراءات التي تصدر من السلطة العامة، قد

---

[1] - محمد انس قاسم جعفر، العقود الادارية، ص ١٧٩

تكون من الجهة الادارية التي ابرمت العقد، وقد تتخذ شكل قرار اداري خاص، او تكون بقواعد تنظيمية عامة.

ومما قضت به محكمة القضاء الاداري المصري انـــه يتعيــن لانطباق نظرية عمل الامير، ان يصدر من جهـــة الادارة المتعــاقدة، اجراء غير متوقع، من شأنه الاضرار بالمتعاقد معها، ويسوء مركــزه. وقد يصدر عمل الامير في صورة اجراء خاص، كقرار فردي او عمل مادي، او في صورة اجراء عام كقانون او لائحة. وقـــد يـؤدي الـــى المساس بشروط العقد، او الى التأثير فـــي ظــروف تنفيــذه. وطبقــا لنظريــة عمل الامير، تلتزم جهة الادارة بتعويض المتعاقد معها عـــن جميع الاضرار التي تلحقه من جرائه، بما يعيد التوازن المالي [١] .

ويستخلص من مجمل التعاريف، ان نظرية عمل الامير، تعنــي صدور عمل او اجراء من سلطة عامة،بصورة غير متوقعة، وبـــدون خطأ من جانبها، ويترتب عليه ضرر للمتعاقد مع الادارة، ويؤدي الـــى الاخلال بالتوازن المالي للعقد الاداري، مما يستوجب التعويض عنه.

٢ - خصائص نظرية عمل الامير

ويمكن تلخيص خصائص نظرية عمل الامير بما يأتي :

---

[١] - محكمة القضاء الاداري المصري، ١٩٦٠/١٢/٢٥، محمد رفعــت عبــد الوهــاب، م.س.، ص ٥٤٣

١ - يتمثل عمل الامير دائما، في اجراءات صادرة عن الجهة الادارية المتعاقدة، من شأنها ان تمس مركز المتعاقد معها، وهذه الاجراءات لها صور مختلفة :

- ومن اول وأهم هذه الصور، الاجراءات الصادرة عن الادارة المتعاقدة، التي تعدل شروط العقد. وهذا هو أهم مجال لنظرية عمل الامير. ويستحق المتعاقد مع الادارة تعويضا يعيد التوازن المالي للعقد، في مقابل التعديل الذي زاد من اعبائه، باي قدر.

- كل اجراء فردي تتخذه الادارة المتعاقدة، ويؤثر مباشرة في العقد. كأن تقوم الادارة بفرض قيود خاصة فردية على المتعاقد، في عقد اشغال عامة. بغرض حماية المواطنين.

- كل اجراء عام يطبق على المتعاقد وغيره، ولكنه يصيب المتعاقد بالذات، بضرر خاص متميز عن غيره من عموم الافراد. كأن ترفع الادارة الرسم المقرر على المادة الاولية موضوع عقد التوريد فور ابرام العقد.

- الاعمال المادية التي تقوم بها الادارة المتعاقدة، ويكون من شأنها جعل تنفيذ العقد مرهقا او اكثر كلفة.

٢ - يجب ان تكون الاجراءات الصادرة عن الجهة الادارية المتعاقدة غير متوقعة وقت التعاقد. فلا يستفيد المتعاقد مع الادارة من نظرية عمل الامير اذا كان يتوقع او من المفروض ان يتوقع تلك الاجراءات الضارة به.

٣ - يجب ان تكون اجراءات السلطة العامة المتعاقدة ضارة بالمتعاقد، أي تزيد من اعبائه او تكاليفه العادية، المنصوص عنها في العقد. ولكن يكفي ان يتحقق عن عمل الادارة أي ضرر بالمتعاقد يخل بتوازن العقد. فلا يشترط ان يصل الضرر الى حد اخلال خطير في توازن العقد يهدده بالانهيار المالي، او بالتوقف عن التنفيذ، كما هو الحال في نظرية الظروف الطارئة.

٤ - متى تحقق الاضرار بالمتعاقد، فمن حق هذا الاخير ان يحصل على تعويض كامل يغطي كامل الضرر الذي لحق به. مما يعني ان التعويض في عمل الامير اشمل واكبر منه في حالة نظرية الظروف الطارئة. لانه بمقتضى هذه النظرية الاخيرة، لا يستحق المتعاقد الا تعويضا جزئيا، يغطي فقط، قسما من خسائره، في حين انه في نظرية فعل الامير يكون التعويض كليا،ويغطي جميع خسائر المتعاقد، بما فيها الربح الفائت.

٣ - شروط نظرية فعل الامير

يشترط لتحقق نظرية فعل الامير، الشروط الآتية :

الشرط الاول : وجود عقد اداري

يشترط لاعمال نظرية فعل الامير، ان تكون الرابطة بين الادارة والمتعامل معها هي رابطة تعاقدية. وذلك لان هذه النظرية ترتد الى فكرة القانون الاداري، ولا مقابل لها في القانون الخاص.

وقد أيد القضاء هذا الشرط معتبرا انه متى كان الامر بين الشركة وبين الحكومة خارجا عن نطاق الرابطة العقدية، فان طلب التعويض عن الاضرار التي تترتب استنادا الى نظرية عمل الامير يكون على غير اساس سليم من القانون [١] .

ولم يكن الامر كذلك في بدايات تطبيق هذه النظرية، حيث كان مداها ينصرف نحو الاعمال التي تصدر من السلطات العامة، سواء المتعاقدة، او أي سلطة اخرى. ولكن القضاء الحديث قصر نطاقها على الافعال التي تقوم على الرابطة التعاقدية، اما ما عداها من الاعمال الصادرة عن سلطات الدولة الاخرى، فأدخلها في نظرية الظروف الطارئة.

ومما لا شك فيه ان الرابطة التي تربط بين الادارة من جهة، وشركة المشروع في عقد ال BOT من جهة اخرى هي رابطة تعاقدية، على الرغم من تشابك العلاقات وتعدد الاتفاقات.

الشرط الثاني : التحاق ضرر بالمتعهد

لا تتحقق نظرية فعل االامير الا اذا لحق بالمتعاقد مع الادارة ضرر من جراء فعلها. وهذا ما اخذ به اجتهاد مجلس شورى الدولة اللبناني، عندما قضى بأنه، بما ان المستدعي لم يبرز اية وثيقة من

[١] – محكمة القضاء الاداري المصري، ت ١٩٥٧/٣/٣، المجموعة س ١١ ص ٢٣٩

شأنها ان تثبت ان زيادة الرسوم المشكو منها قـــد ادت مباشـــرة الـــى زيـــادة اعبائه [1].

ويقتضي ان يكون الضرر اكيدا ومباشرا [2]، وغـــير منتظـــر، يرتدي طابعا مفاجئا. فاذا كان بالامكان توقع التدبير الناتج عـــن فعـــل الامير، فانه يفترض بالشخص الذي تعاقد مع الادارة، انه أخذه بعيـــن الاعتبار عند وضعه الاسعار التي قدمها الـــى الادارة. ولذلـــك قضـــى مجلس الدولة الفرنسي بان المدعي كان عالما بالظروف الاقتصاديـــة، وهي ارتفاع اجرة اليد العاملة، وارتفاع اسعار الفحم الحجري، مما حمل السلطة علىرفع تعرفة السكك الحديدية [3] .

وفي نطاق نظرية فعل الامير، لا يشترط في الضرر أي قـــدر من الجسامة. فقد يكون جسيما، كما قد يكون يسيرا. ويستوي ان يتمثـــل هذا الضرر في زيادة اعباء المتعاقد، او في الانقـــاص مـــن ارباحـــه المتوقعة.

ويجب ان يكون الضرر خاصا، أي يصيب المتعاقد مـــع الادارة وحده. فاذا كان الضرر يصيب العموم، فلا وجه لانطباق نظرية فعـــل الامير. وهذا ما ذهب اليه القضاء الاداري المصري، بقوله : نظرا الى ان الثابت من الاوراق، ان الزيادة التي طـــرأت علـــى اســـعار مـــواد

---

[1] - شورى لبناني،١٩٤١/٣/٨، جان باز، الوسيط فـــي القـــانون الاداري العـــام، ج١، ص ٣٣٥

[2] - شورى فرنسي، ١٩٤١/٣/٨، آما مجموعة ٩٩

[3] - شورى فرنسي، ١٩٢٦/٥/١٤، بويار، مجموعة ٤٩٨؛ جان باز، م.س.، ص ٣٣٥

البنــاء، لم تتولد عن الجهة الادارية المتعاقدة، وهي مديرية الاســكان بمحافظة سوهاج، هذا فضلا عن ان الضرر الذي تدعيه الشركة، نتيجة زيادة الاسعار، ليس ضررا خاصا بتلك الشركة، بحسبان ان تلك الزيادة قد تم سريانها على جميع التعاقدات، سواء في النطاق الاداري، او نطاق تعاملات الافراد، وبالتالي، فلا تكون شروط انطباق نظرية عمل الامير متحققة بالنسبة الى النزاع الماثل، الأمر الذي يتعين معه القضاء برفض الطلب [١] .

الشرط الثالث : ان يكون الضرر اللاحق بالمتعهد منسوبا الـى الادارة العامة

يقصد بهذا الشرط، تحديد نطاق تطبيق نظرية فعــل الامــير، واقتصارها على حالة صدور الفعل الضار عن الجهة الادارية المتعاقدة.

والفعل او الاجراء الذي يستوجب تطبيق النظرية، قد يكون فــي صورة اجراء خاص، او اجراء عام يؤدي الى تعديل شروط العقد.

ومن صور الاجراء الخاص :

صورة اولى : تعديل شروط العقد :

وفيها تزيد الادارة التزامات المتعاقد معها او تنقصها او تغيرها.

---

[١] - المحكمة الادارية العليا المصرية، ١٩٩٧/١٢/٢٦، الطعن رقم ١٧٤٩ لسـنة ٣٧ ق الموسوعة، ج ٤٩، ص ١٧٧

صورة ثانية : تأثير الاجراء في ظروف تنفيذ العقد :

وفي هذه الصورة، لا يؤثر الاجراء على شروط العقد، وانمـــا يؤثر على الظروف المحيطة بتنفيذه، ويؤدي الى تحميل المتعـــاقد مـــع الادارة اعباء جديدة.

غير ان مجلس الدولة الفرنسي قيد اعمال نظرية فعل الامـــير، في هذه المسألة، بطبيعة العقد ذاته، بمعنى ان ثمة عقودا اداريـــة، قـــد يخضع تنفيذها الى ظروف متغـــيرة، تـــؤدي الـــى زيـــادة او نقـــص التزامـــات المتعاقد مع الادارة، كما هو الامر في بعض عقود الالـــتزام او عقود التوريد. كالعقود التي يكون موضوعها توريد اغذية او مهمات للجنود في الجيش، او ادوية للمرضى في المستشفيات، او للمساجين في السجون، حيث لا تضمن الادارة للمتعاقد معها، ان تظل الاعداد محددة، فهي اعداد قابلة للزيادة والنقصان. ومن ثم، رفـــض مجلـــس الدولـــة الفرنسي تعويض المتعاقد عن الاضرار التي لحقت به. من جراء سحب الادارة السجناء من سجن يديره، مما ادى الى نقص في اعدادهم [1] .

كما رفض مجلس الدولة الفرنسي تعويض الاضرار الناجمة عن ارتفاع الاسعار، الذي حدث نتيجـــة تدخـــل الادارة، ســـواء بصـــورة مباشـــرة او غير مباشرة، كأن تشتري كميات كبيرة من السلع موضوع التعاقد، مما يسهم في رفع الاسعار.

---

١ – C.E., 3 avril 1903, Mistral – Res., p 305.

اما صور الاجراء العام، فيتمثل بصدور قوانين او لوائح عن الادارة المتعاقدة، تؤدي الى الاخلال بمركز المتعاقد معها، والاضرار بمصالحه، كأن تزيد في اعبائه او تنقص منافعه.

غير ان الفقه اختلف في هذه المسألة، حول حق المتعاقد مع الادارة في الحصول على تعويضات، وحول وصف العمل بفعل الامير. وذلك لان الاجراءات الناجمة عن اصدار التشريعات، تشمل جميع المواطنين الذين تنطبق عليهم هذه الاجراءات، ولا تختص بالمتعاقد مع الادارة. وهذا ما أخذ به اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي، في بعض احكامه، ولا سيما في حكمه الصادر بتاريخ ١٩٢٨/٣/٩ الذي ذهب الى ان الاجراء العام الذي لا يوجه الى المتعاقد، ولكنه يصيبه بضرر، لا يعوض الا بشرطين : **الشرط الاول** : وهو ان يكون غير متوقع، وفي هذه الحالة تطبق نظرية الظروف الطارئة، لا نظرية فعل الامير. **والشرط الثاني** : وهو ان ينص العقد على تعويض المتعاقد، وفي هذه الحالة يستحق المتعاقد التعويض تطبيقا لاحكام العقد.

غير ان جانبا من الفقه يرى ان نظرية فعل الامير تطبق في حالة الاجراءات العامة، التي تمس بمصالح المتعاقد مع الادارة، وتسبب له الضرر. وقد ذهبت محكمة القضاء الاداري المصري، في بعض احكامها هذا المذهب. وقضت بأن نظرية عمل الحاكم تستلزم صدور اجراءات عامة من جانب السلطات العامة [١] . وانه يشترط لقيام الحق في التعويض، تأسيسا على نظرية فعل الامير، ان تصدر

---

[١] - محكمة القضاء الاداري المصري، ١٩٥٣/٦/٢، المجموعة، السنة ٧ ، ص ١٣٩٧

الحكومة تشريعا عاما جديدا، يمس مركز المتعاقد معها بضرر خاص [1] .

وقد يؤدي الاجراء العام الى تعديل شروط العقد، كما قد يؤثر في ظروف تنفيذه.

ومن صور الاجراء العام الذي يؤثر في تعديل شروط العقد، زيادة او نقصانا : صدور قانون يقلل من نفقات الدولة، ويؤثر في انقاص التزاماتها التعاقدية، وبالتالي الاقلال من ارباح المتعهد، وصدور مرسوم يؤدي تنفيذه الى الحاق الضرر بالمتعهد. وقد قضى مجلس شورى الدولة بان الدولة المتعاقدة مع المستدعية، ومانحة الامتياز على مياه نهر ابراهيم وهي ملك عام وطني، قد اقدمت على اصدار المرسوم رقم ٦٠٩٠/١٩٦٦ وعلى تنفيذه، وذلك في سبيل تأمين مصلحة عامة، وهي تأمين مياه الشرب لساحلي الفتوح وكسروان، وان فعلها هذا هو السبب المباشر للضرر اللاحق بالشركة صاحبة الامتياز، وان عمل الدولة الموصوف اعلاه يشكل فعل الادارة المتعاقدة او فعل الامير في العقود الادارية [2] .

ومن صور الاجراء العام الذي لا يمس شروط العقد، ولكنه يؤثر في ظروف تنفيذه، ان يؤدي تنفيذ العقد الى مشقة وكلفة للمتعاقد.

---

[1] - محكمة القضاء الاداري المصري، ١٩٥٥/١/٣٠ المجموعة، السنة ٩، ص ٢٦٨

[2] - مجلس شورى الدولة، ق ٥٠٤ ت ٢٠٠٢/٥/٢١، مجلة القضاء الاداري عدد ١٧، ص ٧٩٨

اذا كان لا خلاف حول ضرورة ان يكون الضرر منسوبا الـــى السلطة المتعاقدة، لتطبيق نظرية فعل الامير، فما هو المقصود بالسـلطة المتعاقدة ؟

توسع الاجتهاد في تفسيرتعبير السلطة المتعاقدة، معتـــبرا انـــه يشمل التدابير المتخذة من قبل أي جهاز من اجهزة السلطة العامة، حتى ولو كان هذا الجهاز غير متعاقد مباشرة. وعليه تطبـــق نظريـــة فعـل الامير، اذا كانت التدابير المتخذة من قبل وزير غير متعاقد، تؤثر فـــي العقد الموقع من وزير آخر، او اذا كانت التدابير التي اتخذها المشـــرع نفسه، تؤثر في العقود التي ابرمتها اجهزة السلطة التنفيذية في الدولـــة. اما اذا كان العقد موقعا من مجلس بلدي، او من مؤسسة عامـــة، فـــان اجهزة الدولة تعتبر غريبة بالنسبة اليه.

اذا كان الضرر ناتجا عن تدبير اتخذته ســلطة غــير السـلطة المتعاقدة، ففي هذه الحالات، لا تطبق نظريـــة فعل الامير، التي توجب التعويض على المتعاقد تعويضا كاملا، بل تطبق نظرية غير المنظـــور اذا كانت شروطها متوفرة [١] . وتحسم، عندئذ، من التعويـــض قيمـــة الضرر المعقول، الذي كان من الممكن حصوله، حتى لو نفذ العقد فـــي ظروف عادية [٢]. الا ان ثمة رأيا فقهيا حديثا يرى انه يجب لاعمـــال نظرية فعل الامير، ان يكون الفعل الضار قد جاء نتيجة تصرف صادر عن السلطة مانحة الامتياز، وليس عن جهة ادارية اخرى.

---

[١] - شورى فرنسي، ١٩٤٩/٧/١٥، مجموعة ٣٥٩

[٢] - جان باز، م.س.، ص ٣٣٦

وان الاتجاه الحالي للقضاء الاداري، هو قصر نظرية عمل الامير على اجراءات واعمال الادارة المتعاقدة فقط، وليس الاجراءات والاعمال الصادرة عن جهة او سلطة اخرى، غير الجهة المتعاقدة. ومن ثم اذا صدرت عن الجهة الادارية المتعاقدة، اية اجراءات من شأنها زيادة اعباء المتعاقد، باي قدر، عن الموجود في العقد، التزمت هذه الجهة المتعاقدة بتعويض جميع الاضرار الناتجة عن هذه الاجراءات [١].

ولا يسع المتعاقد مطالبة السلطة بتعويض، الا وفقا للقواعد التي تسود مسؤولية السلطة العامة، بوصفها سلطة تشريعية أو ادارية او قضائية.

وخلاصة القول انه اذا كانت التدابير التي اتخذتها السلطة تشكل تدابير عامة، تصيب المتعاقد، كما تصيب باقي المواطنين، فلا يتولد منها له أي حق بالتعويض، الا اذا كانت قد افقدت العقد توازنه المالي. اما التدابير الخاصة التي تصيب المتعاقد بنوع خاص، فيتولد له، من جرائها، حق التعويض.

ويلاحظ انه لا حق للمتعاقد بتعويض، حتى ولو كان التدبير خاصا به، اذا كان هذا التدبير عبارة عن نص تشريعي، واذا كان المشرع نفسه، قد نص صراحة، او ضمنا، على عدم منح المتعاقد أي تعويض [٢].

---

[١] - محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ واحكام القانون الاداري. ط ٢٠٠٥، ص ٥٤٣

[٢] - جان باز، م.س.، ص ٣٣٧

الشرط الرابع : عدم وجود خطأ من قبل الادارة

لا يلزم لتطبيق نظرية فعل الامير،وجود خطأ من قبل الادارة، حين يصدر عنها تصرف مضر بالملتزم، لانه لا قيد عليها في تصرفاتها، كسلطة عامة، اذا كانت تهدف الى النفع العام، لانها في هذه الحالة، تكون قد تصرفت وفق سلطتها المشروعة، وان نشأ عن تصرفها ضرر بالملتزم، لانه عليها، كسلطة عامة، ان تتخذ كل الاجراءات التي من شأنها ان تحقق المصلحة العامة، حتى ولو ترتب عليها اختلال الروابط العقدية بينها وبين من تعاقد معها.

ولذلك فان مسؤولية الادارة المبنية على فعل الامير لا تستند الى نظرية الخطأ. اما اذا انطوى تصرفها على خطأ فانها تكون مسؤولة استنادا الى هذه النظرية، وليس الى نظرية فعل الامير.

الشرط الخامس : يجب ان يكون الاجراء الصادر عن الادارة غير متوقع

يعتبر هذا الشرط عاما في جميع النظريات التي تسعى الى اعادة التوازن المالي في العقد الاداري، كنظرية الظروف الطارئة، ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

اذا كان الاجراء متوقعا، سواء في اطار نصوص العقد الصريحة، او ما تؤول اليه من تفسير، فان الامر لا يخرج عن تفسير العقد، وتطبيق نصوصه، ولا حاجة، عندئذ، الى تطبيق نظرية فعل الامير. وهذا ما ذهب اليه القضاء الاداري المصري، الذي اعتبر ان

من شروط تطبيق نظرية عمل الامير، ان يكون الاجراء او التشريع الجديد غير متوقع الصدور وقت التعاقد، فاذا ما توقعته نصوص العقد فان المتعاقد مع الادارة، يكون قد ابرم العقد وهو مقدر لهذه الظروف، الامر الذي يترتب عليه تعذر الاستناد الى نظرية فعل الامير [١].

ولكن المسألة لا تخلو من دقة في ضوء معرفة المتعاقد بوجوب الاعتراف بسلطة الادارة في اجراء تعديل التزاماته، في أي وقت، ومن دون الرجوع اليه. ولذلك يذهب الرأي الراجح في الفقه والاجتهاد الى ان شرط عدم التوقع لا ينصرف الى أصل حق الادارة في التعديل المنفرد، فهذا الامر متوقع دائما، والعلم به مفترض. ولكن هذا الشرط ينصرف الى حدود التعديل ومداه. فاذا كان العقد يتضمن نصوصا عن كيفية اجراء التعديل وحدوده ومداه، لا يكون ثمة مجال لتطبيق نظرية فعل الامير [٢]، اما اذا كان العقد خاليا من النصوص المنظمة لهذا الحق، فتطبق النظرية المذكورة [٣] .

الشرط السادس : عدم تجاوز الاعباء حدا معينا

يجب لتطبيق نظرية فعل الامير، الا تتجاوز الاعباء الناشئة عن الاجراء، حدودا معينة، بحيث لا يترتب على هذه الاعباء خلق

---

[١] - محكمة القضاء الاداري المصري، ١٩٥٧/٦/٣٠، ق ٩٨٣، السنة ٧ ق ؛ المبادئ، س ١١، ص ٦٠٧

[٢] - ثروت بدوي، اطروحة دكتوراه، ص ١٢٩

[٣] - المحكمة الادارية العليا المصرية، ١٩٦١/٥/٢٠، السنة ٦ ق، ص ١١٣٣، و ١٩٦٨/٥/١١، س ١٣، ص ٨٧٤، و ١٩٧٢/٦/١٧، س ١٧ ص ٥٧٦

ظـروف جديدة، تجعل الملتزم وكأنه امام عقد جديد، تغير فيه موضوع العقد، او حصل تجاوز لحدود الامكانات الفنية او المالية او الاقتصاديـة للملتزم، اذ، حينئذ، قد لا يكون بمقدور الملتزم بـالنظر الـى امكاناتـه المحدودة، تنفيذ الاجراء الاداري المتخذ، او اصبح مع ما يتطلبه هـذا الاجراء، لا يكفيه المطالبة بالتعويض الكامل، بل يستتسب المطالبة بحقه في فسخ العقد وانهاء مفاعيله.

٤ – الآثار المترتبة على تطبيق نظرية فعل الامير

اذا كان التعويض المترتب للمتعاقد عن تطبيـق نظريـة فعـل الامير، هو الاثر الاساسي والمباشر، فثمة نتائج اخرى فرعية، نوجزها، فيما يأتي :

- استحالة التنفيذ

اذا ترتب على الاجراء الصادر عن الادارة استحالة التنفيذ كمـا لو اصدرت الادارة مثلا قرارا بالغاء استيراد سلعة معينة، هي موضوع العقد، فهذه الاستحالة، تبرر، كالقوة القاهرة، عـدم التنفيـذ مـن قبـل المتعاقد.

- تأخر المتعهد عن التنفيذ

اذا كان عمل الادارة لا يجعل تنفيذ العقد مستحيلا، فانه يعرقـل التنفيذ، او يزيد في اعبائه، ولذلك فهو يشكل عذرا يعفي المتعاقد، كليـا او جزئيا، من غرامة التأخير المنصوص عليها في العقد.

- حق المتعاقد بفسخ العقد

اذا ادى عمل الادارة الى صعوبات تفوق حدا معينا، فللمتعاقد ان يطلب من القاضي فسخ العقد.

- حق المتعاقد بالتعويض

اذا تحققت نظرية فعل الأمير، استحق المتعاقد مع الادارة، تعويضا كاملا يشمل ما لحقه من خسارة، وما فاته من كسب فضلا عن المصاريف الاضافية. فالقاعدة بالنسبة الى التعويض على اساس التوازن المالي للعقد، هي انه اذا لم يكن مقداره متفقا عليه في العقد، فلا يحق للادارة ان تستقل بتقديره، بل يقدره القاضي لانه ينشأ عن تكاليف غير متوقعة. وان كل ما هو غير متوقع يخرج عن نطاق العقد، فلا تطبق عليه شروطه. ولتعبير : "عدم التوقيع"، في هذا الشأن، معنى خاصا به، وهو ان التكاليف الزائدة التي تلقى على عاتق المتعاقد، تعتبر غير متوقعة، طالما انها ليست جزءا من الاتفاق، بمعنى انه لا يقابلها في شروط العقد أي تقدير.

وتقدر المحكمة هذا التعويض، وفقا للقواعد المطبقة في القانون الاداري. وهو يشمل عنصرين : العنصر الاول : يتمثل بما لحق المتعاقد من خسارة، ويتضمن المصاريف والنفقات الفعلية التي انفقها المتعاقد. وهي تختلف باختلاف الاحوال وطبيعة التعديل ونتائجه. ومثال ذلك : اذا طلبت الادارة سرعة انجاز الاعمال، فان ذلك يؤدي الى زيادة التكاليف، بدفع اثمان مرتفعة، او زيادة في اجور الايدي العاملة. ومن الجائز ان يترتب على تعديل العقد، في اثناء تنفيذه، خسائر متنوعة.

والعنصر الثاني : ويتمثل بما فات المتعاقد مــــع الادارة مــن كســب، باعتبار ان من حقه ان يعوض عن ربحه الناتج سواء عـــن عملـــه او عــن رأس ماله [1] .

قضى مجلس شورى الدولــــة بـــان شــروط التعويــض عــن الاضـــرار اللاحقة بالمتعاقد مع الادارة بسبب فعل الامير المكرسة فـي الفقه والاجتهاد هي ثلاثة :وجود ضرر،وعدم ارتقاب الفعـــل المســبب للضرر عند التعاقد، ونسبة الفعــــل المســبب للضـــرر الـــى الجهــة المتعاقـــدة [2].

النظرية الثانية : نظرية الظروف الطارئة Théorie de l'imprévision

١ - مفهوم نظرية الظروف الطارئة

تشكل نظرية الظروف الطارئة استثناء على القاعدة التقليدية في العقود المدنية، التي تعتبر ان العقد شريعة المتعاقدين، وانـــه لا يعفــى المتعاقد من تنفيذ التزاماتـــه الا فـــي حالـــة القـــوة القـــاهرة بمعناهـــا الاصطلاحي الدقيق، وهي : الحادث الـــذي لا يمكــن توقعـــه وقــت التعاقـــد، ولا يمكن دفعه او تداركه، ولا يكون راجعا الى فعل أي مــن المتعاقدين، ويترتب من جرائه استحالة تنفيذ الموجب، استحالة مطلقـــة، نتيجة الحادث المكون للقوة القاهرة.

---

[1] - محكمة القضاء الاداري المصري، ١٩٥٧/٦/٣٠، م.س.

[2] - مجلس شورى الدولة، ق ٥٠٤ ت ٢٠٠٢/٥/٢١، مجلة القضاء الاداري، عـــدد١٧، ص ٧٩٨

ولكن ثمة حالة لا تصل، في مداها، الى حد القوة القاهرة بمعناها الدقيق، وذلك عندما يكون الحادث غير المتوقع، والذي لا يمكن دفعه اوتداركه، لا يصل الى حد استحالة تنفيذ المتعاقد لالتزاماته استحالة مطلقة، وانما يصبح التنفيذ معه تطبيقا لبنود العقد، متعذرا ومرهقا للمتعاقد بدرجة كبيرة. وذلك هو اصل نظرية الظروف الطارئة،التي ابتدعها القضاء الاداري الفرنسي في الحكم الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ١٩١٦/٣/٣٠، في قضية غاز بوردو، وذلك بتمكين المتعاقد من الوفاء بالتزاماته كاملة، لان كل اخلال في التنفيذ ينشأ عنه، حكما، ضرر يلحق بالمنتفعين بخدمات المرفق العام، موضوع عقد الامتياز. وعليه تلتزم الجهة المانحة، أي جهة الادارة بالمساهمة بنصيب من الخسائر التي لحقت بالملتزم طول استمرار الظرف الطارئ حفاظا على التوازن المالي للعقد، وحتى يتمكن الملتزم من الوفاء بالتزاماته رغم الظرف الطارئ، ويتجلى ذلك، اساسا، في التزام جهة الادارة بتقديم معونة مؤقتة الى الملتزم طول مدة الظرف الطارئ، وفقا لضوابط معينة.

واصبح هذا الحكم، فيما بعد، اساسا، لنظرية الظروف الطارئة التي طبقها القضاء الاداري الفرنسي، كما طبقها، ايضا القضاء الاداري اللبناني، تحت تسمية : نظرية الطوارئ الاقتصادية « او نظرية الطوارئ غير المنظورة » .

ومن تطبيقات هذه النظرية في القضاء الاداري اللبناني،ما يأتي : قضى مجلس شورى الدولة بأن طبيعة الارض هي صخرية

بالاجمال تغطيها طبقة ترابية، والطبقة الصخرية نوعان : نـــوع مـــن الصخر الصم، وهو القسم الاكبر، وتفعل فيه المتفجرات، ويدخل فـــي مفهوم المادة ١٢ من جدول الاسعار. اما الطبقة الثانيـــة فتتـــألف مـــن تجمعات حجرية لا تفعل فيها المتفجرات وتتطلـــب مجـــهودا خاصـــا وتكاليف غير ملحوظة. وهذا النوع الثاني من الحفريـــات يعتـــبر مـــن الاعباء غير الملحوظة وغير المتوقعة التي لا تدخل ضمن مفهوم المادة ١٢ من جـــدول الاسعار [١] .وبأنه فيما خص الادلاء بنظرية غـــير المنظور يشترط للادلاء بهذه النظرية، ان يثبت حصول انقـــلاب فـــي اقتصاديات العقد بصورة تلحق خسارة هامة بالملتزم بالاضافة الى عـدم توقع ظروف الطارئ [٢].

وبان الادلاء بنظرية الطـــوارئ الاقتصاديـــة كأســـاس لطلـــب التعويض، في محله القانوني، عندما ترتفع الاسعار، قبل شراء المـــادة المتفق عليها، لا بعد حصول التسليم، حيث لا يصبح حـــق المســـتدعية متعلقا بالثمن [٣] . وبأنه من شروط تطبيق نظريـــة الطـــوارئ غـــير المنظورة ان يصاب معاقد الادارة بخسارة تـــؤدي الـــى خلـــل جسـيم باقتصاديات العقد بكليته، وان تقع هذه الخسارة في اثناء تنفيذ العقـــد لا

---

[١] – مجلس شورى الدولة، ق ٢٣٠ ت ١٩٨٤/١٠/٣١، مجلة القضـــاء الاداري، العـــدد الاول ١٩٨٥، ص ٢٠٢

[٢] – مجلس شورى الدولة، غ ٥، ق ٥٢ ت ١٩٩٥/١١/٩، مجلـــة القضـــاء الاداري، ج ١٠، ص ٨٢

[٣] – مجلس شورى الدولة، ق ٨٥٧ ت ١٩٩٦/٦/٢٦، مجلة القضاء الاداري ، عـدد ١٠، ص ٧٤٤

بعد تنفيذه [1]. وبأن المطالبة بالتعويض على اساس نظرية الظروف الطارئة تقوم على فكرة تحقيق قدر الامكان، التوازن بين الاعباء التي يتحملها المتعاقد مع الادارة وبين المزايا التي ينتفع بها، وذلك بتعويضه في احوال وشروط معينة، عن الضرر اللاحق به حتى ولو لم ترتكب الادارة خطأ، هذا التعويض الذي يختلف مقداره بين الكامل في حالة ما يعرف في الفقه والاجتهاد بعمل السلطان او الامير، الذي يعود بموجبه للادارة حق التدخل، بعد ابرام العقد، واتخاذ الاجراءات التي ترى بانها تهدف الى تحقيق الصالح العام،وبين الجزئي في حالة ما يعرف بالظروف الطارئة اوالطوارئ غير المتوقعة التي لا تتسبب باستحالة تنفيذ العقد، وانما بجعله اكثر كلفة مما يلحق بالمتعاقد خسارة فادحة وغير مألوفة [2] .

وبمعنى معاكس، قضى مجلس شورى الدولة بأنه من شروط تطبيق نظرية الطوارئ غير المنظورة ان تلحق بالمتعاقد من جراء تنفيذ الالتزام بالذات خسارة فعلية تتأتى عن نفقات ثابت دفعها لحاجات المشروع نفسه، وتتجاوز بمقدارها الثمن او البدل المتفق عليه في العقد، بشكل يخل بالتوازن المالي اخلالا فادحا، وان يعجز المتعاقد عن توقي نتائج الطوارئ بشكل ممكن.

---

[1] - مجلس شورى الدولة ، ق ٣٢٣ ت ١٩٩٩/٢/٢٤، مجلة القضاء الاداري، عدد ١٣، ص ٣٥٠

[2] - مجلس شورى الدولة، ق ٢٦٥ ت ٢٠٠٠/٣/٣٠، مجلة القضاء الاداري، عدد ١٥، ص ٤٩٣

فارتفاع سعر صرف العملة الاجنبية كان متوقعا، بل كان معلوما، بدليل الاشارة اليه في العقد لجهة عدم الاعتداد بارتفاع الاسعار.

وان الالتزامات القصيرة الاجل لا تشكل مبدئيا ميدانا لنظرية الطوارئ غير المنظورة، لان الالتزامات الناشئة عنها تنفذ غالبا دون مصادفة طوارئ مؤثرة او قبل تفاقمها [1]. وبأنه يتبين من الرجوع الى الاوراق المبرزة في الملف الاداري، لا سيما محضر تسليم مواقع العمل، ان الملتزم تعهد بمتابعة الاشغال التي كان قد باشر بتنفيذها بدون انقطاع، وصرح ووقع على انه مسؤول عن كل زيادة في المكعبات تحصل، ما لم يسبق التنفيذ امر خطي من رئيس المنطقة، فضلا عن ان المنطقة لم تطلب منه رفع أي كمية حفريات زيادة عن الملحوظ في ملف التلزيم.

ويستفاد بنتيجته انه عند وجود مثل هذا التعهد،لا مجال لتطبيق نظرية الاعباء غير المتوقعة، لانه في مثل هذه الحالة تفقد النظرية احد شروطها، وهو حصول امر مفاجئ غير متوقع من قبل المتعاقدين [2].

وبأن تطبيق نظرية الطوارئ يفرض توفر عدة شروط منها حصول حادث غير متوقع، وان التبدلات النقدية في فترة التضخم لا

---

[1] - مجلس شورى الدولة، ق ٢٧٩ ت ١٩٩٣/٦/١٠، مجلة القضاء الاداري، ع ٧، ١٩٩٤، ص ٣٦٥

[2] - مجلس شورى الدولة، ق ٣٨٥ ت ٢٠٠٢/٣/٥، مجلة القضاء الاداري، عدد ١٧، ص ٥٣٤

تنطوي على هذا الطابع. وحتى ان انخفاض او تخفيض قيمة العملة لا يعتبر كحادث غير متوقع، وقد استقر الاجتهاد على ذلك [١] . وبأن المستدعية التزمت اشغال تعزيل قناة القاسمية في اواسط العام ١٩٨٧، هذا العام الذي شهد في بدايته، وحتى في العام الذي سبق تبدلات نقدية تمثلت في حصول تضخم ادى الى انخفاض قيمة العملة الوطنية نسبة الى العملات الاجنبية.

وبما ان الاجتهاد يعتبر ان تطبيق نظرية الطوارئ يفترض توفر عدة شروط اولها حصول حادث غير متوقع Evénement imprévisible

وبما ان الاجتهاد يعتبر انه في فترة التضخم فان التبدلات النقدية لا تنطوي على هذا الطابع غير المرتقب، وبالتالي فان انخفاض او تخفيض قيمة العملة Dévaluation لا يعتبر كحادث غير متوقع [٢] .

وبما انه تطبيقا للاجتهاد المذكور فان ادلاء المستدعية بنظرية الطوارئ يكون في غير موقعه القانوني، لان الالتزام تم في فترة تضخم عرفتها البلاد قبل، واثناء، وبعد تنفيذه باكلاف فاقت البدل المتفق عليه [٣]. وبأن العوامل التي ادت الى اختلال التوازن المالي للعقد، والقائمة قبل ابرام العقد، لم تكن غير متوقعة بتاريخ انعقاده، ولم تكن موقتة،

---

١ – مجلس شورى الدولة، ق ٤١٨، ت ٢٠٠٠/٦/٢٢، مجلة القضاء الاداري، عدد ١٥، ص ٧٣٣

٢ – مجلس القضايا، ق ١١١ ت ١٩٩٢/٣/١٦، مراجعة نفعا للقانون، مجلة القضاء الاداري، عدد ١٤، ص ٥٨٤

٣ – مجلس شورى الدولة، ق ٥٥٦ ت ١٩٩٩/٥/١٩، مجلة القضاء الاداري، عدد ١٤، ص ٥٨٣

وبالتالي لا يترتب التعويض على اساس نظرية غيرالمنظور على اعتبار ان الحدث لم يكن مفاجئا وغيرمرتقب وموقتا ومحددا في الزمن.

وعلى فرض ان المستدعية لم تكن متوقعة مدى تقلب سعر الصرف، يبقى انها كانت على بينة من تطور اسعار العملات الاجنبية عند ابرام العقد، وخلال فترة التعاقد، وذلك كان كافيا تماما لحملها على توقي نتائجه الضارة باقدامها على فتح اعتماد بالقيمة بالعملة الاجنبية، على اساس صرفها المعتمد يوم التبليغ، على اعتبار ان اجل التنفيذ قصير.

ولم يكن متعذرا على المستدعية توقي النتائج الضارة بتصرف درج على ممارسته الملتزمون عادة، وهو فتح اعتماد استيراد، فضلا عن ان الادلاء بتطور الاسعار لا يشكل دليلا قاطعا على ان حصول الشراء قد تم بالسعر الاعلى ولحاجات المشروع نفسه.

وان الالتزامات القصيرة الأجل لا تتيح المجال لتطبيق نظرية غير المنظور، لان الالتزامات الناشئة على هذا النحو، نادرا ما تصادف طارئا مؤثرا لامكانية ترقبه [1].

ما هو الحكم فيما لو تبين ان شروط نظرية الظروف الطارئة متحققة، ولكن عقد الالتزام تضمن بندا يقضي بان هذه النظرية لا تطبق بالرغم من توفر شروطها ؟

---

[1] – مجلس شورى الدولة، ق ٩٨/٣٣٢، ت ١٩٩٩/٢/١٦، مجلة القضاء الاداري، عدد ١٤، ص ٣٢٨

للجواب على هذا السؤال يقتضي تحديد ما اذا كانت هذه النظرية متعلقة بالنظام العام اولا. فاذا كانت متعلقـــة بالنظـــام العـــام لا يســـع الفرقـــاء الاتفاق على عدم تطبيقها،اما اذا لم تكن متعلقة بالنظام العـــام، فيمكن الاتفاق على عدم تطبيقها، حتى ولو توفرت شروطها. وقد اعتبر مجلس شورى الدولة ان نظرية الظروف الطارئة متعلقة بالنظام العـــام. وبالتالي فيقتضي تطبيقها، ولو اتفق المتعاقدان على خلاف ذلك، عندمـــا قضى بان الاجتهاد يعتبر انه عندما تكون ظروف وشروط نظرية غـــير المنظور متوفرة، فانه يقتضي تطبيقها لتعلقها بالانتظام العام، بالرغم من وجود بند مخالف او بند يتعلق بعدم تعديل الاسعار.

وانـــه وان كـــان اشتراط عـــــدم تعديـــــل السعـــــر رغـــم ارتفـــاعه يشكـــل دليـــلا علـــى التوقـــع وقبولا بنتائجـــــه الا انـــــه يبقى مرهونـــا بمدى معيـــن يشكـــــل تجـــــاوزه امـــــرا غيـــــر متوقـــــع [1] .

وقد تبنى القضاء الاداري المصري، نظرية الظروف الطارئـــة، قبل ان يصوغ المشرع المصري، مبادئها في المادة ٦ من القانون رقـــم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧، التي تنص على انه : «اذا طرأت ظروف لم يكـــن من المستطاع توقعها، ولا يد لمانح الالتزام او الملتزم فيها، وافضت الى الاخلال بالتوازن المالي، او الى تعديل كيانه الاقتصادي، كما كان مقدرا وقت منح الالتزام، جاز لمانح الالتزام ان يعدل قوائـــم الاســـعار، واذا

---

[1] – مجلس شورى الدولة، ق ٩٨/١١٢، ت ١٩٩٨/١١/١٨، مجلة القضاء الاداري، عدد ١٤، ص ١٢٣

اقتضى الحال، ان يعدل اركان تنظيم المرفق العام وقواعد استغلاله، وذلك لتمكين الملتزم من ان يستمر في استغلاله، او لخفض الارباح الباهظة الى القدر المقبول ».

وبالرغم من ان هذا النص اقتصر على نطاق عقد الالتزام، فان الفقه والاجتهاد، اعتبراه اساسا تشريعيا للأخذ بنظرية الظروف الطارئة في مصر.

ليس هذا وحسب، بل دخلت نظرية الظروف الطارئة في معظم التشريعات العربية، محراب العقد المدني ايضا، حيث تنص المادة ١٤٧ من القانون المدني المصري على ما يأتي :

« ١ - العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه او تعديله، الا باتفاق الطرفين، او للاسباب التي يقررها القانون.

٢ - ومع ذلك، اذا طرأت حوادث استثنائية عامة، لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدي، وان لم يصبح مستحيلا، جاء مرهقا للمدين، بحيث يهدده بخسائر فادحة، جاز للقاضي، تبعا للظروف، بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، ان يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ويقع باطلا، كل اتفاق يخالف ذلك [1] ».

---

[1] - تقابل هذه المادة، المادة ١٤٨ مدني سوري :

« ١ - العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله الا باتفاق الطرفين، او للاسباب التي يقررها القانون.

٢ - ومع ذلك اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدي، وان لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث

وبهذا النص التشريعي اصبح تطبيق نظرية الظروف الطارئة، في مصر ومعظم الدول العربية، شاملا العقود الادارية والمدنية على السواء، خلافا للتشريع اللبناني، الذي لم يدخل نظرية الظروف الطارئة، حتى الآن، في نطاق العقد المدني. وهذا ما قضت به محكمة التمييز اللبنانية بقولها : « ان المميز يطلب بالواقع تطبيق ما يعرف في القانون الاداري بنظرية غير المنظور او نظرية الطوارئ الاقتصادية وما شابههما.وان هذه النظريات الخاصة بعقود القانون العام لا تجد تطبيقا لها في عقود القانون الخاص، الخاضعة لمبدأ حرية التعاقد، ولاستقلالية الادارة، وللمساواة بين اطراف العقد، والزامية العقود المنشأة على وجه قانوني،من اجل تأمين وتنظيم مصالح خاصة بالفرقاء المتعاقدين. وان

يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك ». والمادة ١٩٨ مدني كويتي : « اذا طرأت، بعد العقد وقبل تمام تنفيذه، ظروف استثنائية عامة، لم يكن في الوسع توقعها عند ابرامه، وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام الناشئ عنه، وان لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي ان يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول، بان يضيق من مداه او يزيد في مقابله. ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك ».

والمادة ٢٤٩ من القانون الاماراتي : « اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدي، وان لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، ان يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول، ان اقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك ».

وتتضمن معظم القوانين العربية الاخرى، ومنها الاردني والليبي والسوداني، نصوصا مشابهة. اما قانون الموجبات والعقود اللبناني،فلا يتضمن نصا مشابها.

محكمة الاستئناف، والحالة ما تقدم، تكون قد احسنت عندما اســـتبعدت الأخذ بالظروف الطارئة في علاقات الفريقين التـــي تحكمـــها قواعـــد القانون الخاص [1].

اذا كان من شأن نظرية الظروف الطارئة، ان تحقق التـــوازن المالي، كنظرية فعل الامـــير، بيـــن الادارة والمتعـــاقد معـــها. الا ان النظريتين تختلفان، في عدة امور من اهمها :

- تحقق نظرية فعل الامير توازنا ماليـــا فـــي العقـــد الاداري، فـــي مواجهـــة اجراءات تصدر عـــن جهـــة الادارة المتعـــاقدة، ونتيجـــة لظروف صنعتها الادارة تؤثر في تنفيذ العقد الاداري، بان يصبح مرهقا للمتعاقد معها. بينما تحقق نظرية الظروف الطارئة توازنا، ولكن فـــي مواجهة ظـــروف ليست من صنع الادارة.

- يكون تعويض المتعهد عن الاضرار اللاحقة به كاملا فـــي نظريـــة عمل الامير، بينما لا يكون في نظرية الظروف الطارئة الا جزئيا .

٢ - شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة : ان يحـــدث ظـــرف طارئ في وقت معين، وان يكون هذا الظرف غير متوقع، وان يـــؤدي الى قلب اقتصاديات العقد.

وقد حدد القضاء اللبناني شروط تطبيق النظرية علـــى الشـــكل الآتي : لتطبيق نظرية « الطوارئ غـــير الملحوظـــة » فـــي العقـــود

---

[1] - تمييز لبناني، ١٣/٧/١٩٩٥، كساندر ١٩٩٥، ج ٧، ص ٨٢

الادارية، يجب، مبدئيا، توافر ثلاثة شروط : اولها الا يكون العقد قد نفذ بمجرد نشوئه، وثانيها ان يقع امر مفاجئ لم يكن احد من المتعاقدين يتوقعه، ولم يكن يستطيع ان يتوقعه الرجل المعتاد، ويكون من شأن هذا الامر أن يخل بالتوازن الاقتصادي للعقد، وثالثها ان يكون هذا الاختلال قد بلغ حدا جسيما يصبح معه تنفيذ الالتزام مرهقا، وان لم يكن مستحيلا.

ومتى توفرت هذه الشروط ينقص القاضي الالتزام الى حد معقول، بحيث يجعل هذه الخسارة يتقاسمها كل من الدائن والمدين بنسبة عادلة [1] .

نستعرض فيما يأتي شروط تطبيق النظرية.

الشرط الاول : حدوث ظرف طارئ

يعتبر حدوث الظرف الطارئ شرطا اساسيا لنظرية الظروف الطارئة، لا تتحقق بدونه. ويعنى به : الحادث الذي يطرأ خلال مرحلة تنفيذ العقد، ويؤدي الى اختلال واضطراب في شروطه التي اتفق عليها المتعاقدان، بما يجعل التزامات المتعهد اكثر مشقة، فتنزل به خسائر فادحة لا يستطيع وحده تحملها.

وقد ثار التساؤل عن طبيعة هذا الشرط، وما اذا كان يقتضي ان يكون اقتصاديا، او يمكن ان يكون اداريا ايضا، كما هو الامر في

---

[1] - تمييز ادارية، ١٩٥٦/٤/٢١، باز، ١٩٥٦، ص ٨٧

نظرية فعل الامير، او ناتجا عن مخاطر طبيعية، كما هو الامــر فــي نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ؟

يعتبر الاتجاه التقليدي في الفقه والقضاء، ان الظرف الطــارئ يجب ان يكون ذا طبيعة اقتصادية. كما هو الامر في ارتفاع الاســعار ارتفاعا يجاوز الحدود القصوى المتوقعة. وذلك تأسيسا علــى تحديــد مجال نظرية الظروف الطارئة، بالعمل على درء المخاطر الاقتصادية، التي يتعرض اليها المتعاقد مع الادارة.

غير ان الفقه الحديث، بالرغم من تسليمه بالاسس التــي ينــص عليها التفريق بين النظريات الثلاث، المشار اليها، وهــي : الظــروف الطارئة ، وفعل الامير، والصعوبات المادية غير المتوقعة، لجهة طبيعة الظرف، بدأ يميل الى التوسع ليشمل كل الاسباب التي تؤدي الى اختلال العلاقة الاقتصادية في العقد، وهي الاساس فــي النظريــات الثــلاث، وليست سببا خاصا بنظرية الظروف الطارئة وحدها. وذلك لان التقسيم التقليدي، انما يرجع الى ماهية المخاطر من خلال مصدرهــا، وليــس بسبب الآثار الناجمة عنها. فكل سبب يــؤدي الــى اختــلال العلاقــة الاقتصادية في العقد، يصبح معه الاصرار على تنفيــذ العقــد ارهاقــا للمتعاقد مع الادارة. وعلى ذلك فكل حادث طارئ يــؤدي الــى قلــب اقتصاديات العقد، واختلالها اختلالا جسيما، يمكن ان يؤدي الى تطبيــق نظرية الظروف الطارئة. وبالتالي فالظرف قــد يكــون اقتصاديــا او طبيعيا، او ناشئا عن عمل الادارة.وهذا ما يسير عليه القضــاء الاداري الحديث، حيث اعتبر اجتهاد مجلــس الدولــة الفرنســي، مــن قبيــل

الظــــروف الطارئة، الاجراءات التي تصدر عــن سـلطات الدولــة المختلفة، كالقوانين التي تزيد في الضرائب القائمة، او التـــي تفــرض ضرائب جديدة. كما اعتبر القضــــاء الاداري المصــري، ان نظريـــة الظروف الطارئة رهينة بان تطرأ خلال تنفيذ العقد الاداري، حــوادث، طبيعية كانت او اقتصادية، او من عمل جهة ادارية، او من عمل انسان آخر لم تكن في حسبان المتعاقد عند ابرام العقد [١] . كما قضت محكمة القضاء الاداري المصري، في حكمها الصادر في ١٩٥٧/٦/٣٠، بــان الظرف في نظرية الظروف الطارئة قد يكون من الظواهــر الطبيعيــة كقيام الحرب او الكوارث الطبيعية. فلا شبهة في ان قيام الحرب يعتــبر من الحوادث الاستثنائية العامة الخارجية التي لم يكن في الوسع توقفـها، والتي يترتب عليها انه اذا اصبح تنفيذ الالتزام اشد ارهاقا، واكبر كلفــة كان للمتعاقد مع الادارة مطالبتها بالمساهمة معه فـــي تحمــل النتــائج المترتبة على ازدياد الاعباء الناشئة عن تلك الظروف.

وتؤيد هذه الاجتهادات وامثالها، سعة الظروف الطارئة وتنوعها، فمن الصعب تحديدها بقالب محدد.

ويقتضي تحديد وقت وقوع الظرف الاستثنائي لامكان تطبيـــق نظرية الظروف الطارئة. ومن الواجب ان يقع هذا الظرف بعد ابـــرام العقد، وفي اثناء مرحلة تنفيذ العقد، وقبل اتمام تنفيذه. اما اذا وقع قبـــل ابرام العقد، فلا يكون ثمة مجال لتطبيق نظرية الظروف الطارئــة، لان

---

[١] - المحكمة الادارية العليا المصرية، ١٩٧٧/١٢/١٦، جابر جــاد نصــار، م.س.، ص ١٧٧

المتعاقد يستطيع ان يمتنع عن ابرام العقد،بدون ان تترتب عليه اية مسؤولية. واذا قبل بابرام العقد مع وجود الظرف فلا يكون هذا الظرف طارئا. ومن ثم لا تطبق النظرية.

وتقتضي الاشارة الى الواقع العملي وهو انه اذا كانت نظرية الظروف الطارئة تطبق على جميع العقود الادارية، فان مجالها يكون في العقود الادارية الكبرى، كالالتزامات والاشغال العامة والتوريد، لان مثل هذه العقود تتطلب وقتا طويلا لتنفيذها.

ويجب لاعمال النظرية توفر صفتين في الظرف الطارئ :

الصفة الاولى : عدم توقع حدوث الظرف الطارئ

يبدو عدم توقع الظرف الطارئ قبل التعاقد امرا منطقيا، بمعنى انه لم يكن بحسبان المتعاقد حين ابرامه العقد مع الادارة. كما هو الامر في ظروف الحرب والكوارث الطبيعية، وقرار الحكومة بمنع استرداد سلعة يلتزم المتعهد بتوريدها، او انخفاض قيمة العملة، وسواها من الظروف.

ويختلف عدم توقع الظرف الموجب لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، عما يتوقعه المتعاقد في كل علاقة تعاقدية. لان هذه العلاقة، لا تخلو في جميع الحالات من مخاطر متوقعة، قد تؤثر في مركز طرفي العقد او تغير في حساباتهما. غير ان هذه المخاطر، التي يمكن حدوثها، كالزيادة المعقولة في الاسعار لا تعتبر ظرفا طارئا، ولا تؤدي الى تغيير المعادلة الاقتصادية للعقد الاداري.

وبالرغم من ان عدم توقع الظرف هو شرط اساسي لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، فإن توقع المتعاقد مع الادارة مجرد حدوث الظرف الطارئ لا يمنع من تطبيق النظرية، اذا تبين ان حدوث هذا الظرف فعلا قد بلغ مدى بعيدا، فاق توقع المتعهد، اوفاق ما يقتضي ان يتوقعه المتعهد. وفي هذا المعنى افتى قسم الرأي بمجلس الدولة المصري بما يأتي : « يعتبر قرار مجلس الوزراء الصادر بتخفيض قيمة الجنبه المصري، بالنسبة الى الدولار، حادثا استثنائيا عاما في حكم المادة ٢/١٤٧ من القانون المدني المصري، اذ لم يكن في وسع المتعاقدين توقعه حين ابرام العقد. ومع التسليم الجدلي بانه كان مفروضا على المتعهد ان يتوقع التجاء الحكومة الى خفض قيمة العملة المصرية، فان مدى هذا التخفيض لم يكن من المستطاع التكهن به. ومن ثم فانه يحتمل ان تكون نتائج هذه الاجراء ومدى تأثيره في التوازن المالي للعقد قد جاوزت ما كان مفروضا ان يتوقعه المتعهد حين العقد، وفي الحالين، ان كانت خسارة المتعهد في هذا الاجراء قد جعلت تنفيذ التزامه امرا مرهقا مهددا له بخسارة فادحة، كان على الطرف الآخر ان يشاركه في تلك الخسارة، بالقدر الذي يحد منها ويردها الى الحد المعقول » [١] .وهذا ما ذهب اليه مجلس شورى الدولة بقضائه بان نظرية الاعباء المادية غير المتوقعة، تنهض مبدئيا في اثناء تنفيذ العقد بمواجهة عبء ذي طابع مادي استثنائي غريب عن طرفي العقد، غير متوقع عند ابرامه، ويحدث خللا في توازنه المالي.

---

[١] - فتوى قسم الرأي مجتمعا بمجلس الدولة المصري، ١٩٥٧/٧/١٧، الموسوعة، رقم ٣٦٠ ص ٨٩٦

وان عدم التوقع لا يقتصر بالضرورة على عدم توقع الطـــارئ، بحد ذاته، ولكن الامر يتجاوز ذلك الى عدم توقع مدى الطارئ واثـــره، بحيث يصبح غير المتوقع متجاوزا نطاق العقد ومفاعيله، ومـــا ينشـــأ عنـــه من حقوق والتزامات، ويعود للقاضي حق التقدير وفقـــا للحالـــة المعروضة لتحديد درجة الصعوبة المفترض قبولها. فاذا بلغت الطبقـــة الصخرية القاسية ثلاثة ارباع كمية الحفريات الملزمة، والقسم الباقي لـم يكن ترابيا بل كان صخريا طريا، واذا فاقت التكـــاليف كـل تصـــور مفترض استباقا من المتعهد، تكون الصعوبة تتجاوز الحدود المفـــترض توقعها منه [1] .

وبهذا المعنى قضى مجلس شورى الدولة بانه ولئن كانت نظرية الاعباء غير الملحوظة تقوم اساسا على عدم التوقع، فينبغي انه اذا كانت الواقعة متوقعة عند التعاقد فقد يتأتى عدم التوقع مـــن مـــدى وجســـامة الواقعة بحيث تفوق ما انصرفت اليه الارادة عندما انشئ العقد. فاذا تبين من تقرير الخبير ان الطبقة الصخرية هي من نوع صلب جدا، وانـــــها تفوق الطبقة الترابية بنسبة تسعة اضعاف، فان ذلـــك يتجـــاوز حـــدود المرتقب بنسبة جد مرتفعة، ويستدعي التعويض على المســـتدعي عـــن بعض الخسائر اللاحقة به من جراء ذلك [2] .

---

[1] – مجلس شورى الدولة، ق ٢٠٦ ت ١٩٩٣/٤/٢٢، مجلة القضـــاء الاداري، عـــدد ٧، ١٩٩٤، ص ٢٧٨

[2] – مجلس شورى الدولة، ق ٧١٨ ت ١٩٩٥/٥/١٧، مجلة القضـــاء الاداري، عـــدد ٩، ص ٥٤٠

اما اذا كان الظرف متوقعا من قبل المتعهد فلا تطبق نظرية الظروف الطارئة. ولذلك قضي بانه من شروط تطبيق نظرية الطوارئ غير المنظورة ان يكون الطارئ خارجا عن ارادة طرفي العقد، ولا سيما معاقد الادارة، بحيث لا يساهم في احداثه او يقصر في دفعه. فاذا كان المستدعي على بينة من تطور اسعار العملات الاجنبية خلال فترة التعاقد، وكان بامكانه ان يتوقى نتائجها الضارة في حال ثبوت حصولها بالنسبة الى تنفيذ التزامه، بفتح اعتماد بالقيمة بالعملة الاجنبية المطلوبة، عند ابلاغه ابرام الصفقة معه، لان اجل التنفيذ قصير، فان تقصير المستدعي في القيام بما من شأنه توقي نتائج اثر ارتفاع سعر العملة الاجنبية يفقده شرطا من شروط الادلاء بنظرية الطوارئ غير المنظورة [١] .

الصفة الثانية : ان يكون الظرف الطارئ خارجا عن ارادة المتعاقد

تطبق نظرية الظروف الطارئة لمصلحة المتعهد، عندما لا يكون لهذا الاخير اية علاقة بينه وبين الظرف الطارئ. اما اذا تبين ان له ارتباطا به، على أي وجه من الوجوه، فلا يكون ثمة مجال لتطبيق هذه النظرية. كما لو تسبب المتعهد في حدوث الظرف، او على الأقل شارك في احداثه، كأن يتأخر في تنفيذ التزامه، او يهمل في التنفيذ. فاذا حصل مثل ذلك فهو لا يستحق تعويضا بالاستناد الى نظرية الظروف الطارئة.

---

[١] - مجلس شورى الدولة، ق ٣٤٨ ت ١٩٩٣/٦/٢٩، مجلة القضاء الاداري ، عدد ٧، ١٩٩٤، ص ٣٨٣

وتطبيقا لوجوب ان يكون الظرف الطارئ خارجا عن ارادة المتعاقد ذهب الاجتهاد اللبناني الى أن المحكمة قد اعتبرت ، بحق، انه اذا كان التدبير الذي اتخذه بنك انترا بتحويل اموال الدولة اللبنانية لديه الى حساب لبناني، لا يؤثر في حقوق المستأنف عليهما، ولا يخول المستأنفة دفع ثمن الدقيق بالاسترليني - حساب باللبناني - باعتبار ان المتعاقدين لم يقصدا هذا النوع الجديد من النقد الذي لا يشكل اداة ابراء تجاه كندا ، فانّ التدبير المذكور يعتبر بالنظر الى الفريقين المتعاقدين طارئا غير ملحوظ، لانه ناتج عن ظرف اقتصادي خارج عن ارادتيهما، لم يكن في الحسبان عند التعاقد، ومن شأنه زيادة التكاليف التي اخذها الفريقان على عاتقهما، زيادة جوهرية، تفضي الى اختلال في ميزان العقد، وان الاجتهاد جرى في حالة تطبيق نظرية الطوارئ غير الملحوظة ان تعوض الادارة تعويضا جزئيا على الملتزم الذي يتوجب عليه بهذه الحالة، ان يتحمل شيئا من الخسارة [١] .

الشرط الثاني : ان يؤدي الظرف الطارئ الى قلب اقتصاديات العقد

لا تطبق نظرية الظروف الطارئة ما لم يؤدي استمرار المتعاقد مع الادارة في تنفيذ العقد، الى الحاق خسارة ماحقة او شبة كارثة مادية به، تؤثر في مركزه المالي، بحيث لا يقوى على النهوض من كبوته. مما يؤثر على استمراره في تنفيذ العقد الاداري. وهو ما يعبر عنه القضاء الاداري، بالقول : يجب ان يؤدي هذا الظرف الى قلب اقتصاديات العقد.

---

١ - تمييز ادارية، ١٩٥٦/٤/٢١، باز ١٩٥٦، ص ٨٧

وبتعبير آخر يجب، لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، ان يؤدي الظرف الطارئ الى ان يصبح الالتزام مرهقا للمتعاقد مع الادارة، ارهاقا شديدا.

اما معيار تأثير الظرف على اقتصاديات العقد فيقاس بقدرة المتعاقد على تحمل الخسارة الناتجة عن الظرف الطارئ او عدم قدرته على تحملها. وبالتالي فهو ليس معيارا جامدا بل متحركا يختلف تطبيقه من متعاقد الى آخر، اذ قد يؤدي ظرف طارئ الى الاضرار بمتعاقد معين، ويرهقه ارهاقا شديدا، بينما لا يؤدي في حالة اخرى الى النتيجة نفسها. وعلى كل حال فاذا انحصرت الخسارة بتفويت فرصة الربح على المتعاقد، لا يكون ثمة مجال لاعمال نظرية الظروف الطارئة.

وبهذا المعنى ذهب القضاء المصري الى ان مقتضى نظرية الظروف الطارئة ان يكون الظرف الطارئ اثقل واشق كلفة مما قدره المتعاقدان تقديرا معقولا، بان تكون الخسارة الناشئة عنه، والتي تلحق بالمتعاقد فادحة واستثنائية، تجاوز الخسارة العادية بمعنى انه اذا لم يترتب على الظرف الطارئ خسارة ما، او كانت الخسارة طفيفة بالنسبة الى عناصر الضرر في مجموعه، او انحصر كل اثر للظرف الطارئ في تفويت فرصة الربح على المتعاقد، فانه لا يكون ثمة مجال لاعمال احكام هذه النظرية [1] .

---

[1] - محكمة القضاء الاداري المصري، ١٩٦٠/٦/١٩، المجموعة، س ١٤، ص ٢٦١

كما قضى الاجتهاد اللبناني بان الاخلال بالتوازن المالي للعقد، يتحقق بتوفر شرطين : اولهما ان تكون الاعباء الناجمة عن حوادث غير منتظرة قد فاقت الحد الاقصى للاسعار الذي توقعه الفريقان لدى ابرامهما للعقد، وثانيهما ان ينتج عن المقارنة بين مجموع الواردات ومجموع المصاريف خسارة خاصة، وليس نقصا في معدل الارباح، او عدم تحقيق أي ربح [١].

وقد قضى مجلس شورى الدولة بأنه لا يستفاد من الاوراق المبرزة، بصورة قاطعة، بلوغ ارتفاع الاسعار الحد الذي يمكن معه القول بانقلاب اقتصاديات العقد، فان طلب فسخه يستوجب الرد [٢] .

٣ - آثار نظرية الظروف الطارئة

بما ان نظرية الظروف الطارئة تقوم على حدوث ظرف طارئ يؤدي الى ان يصبح تنفيذ التزامات المتعاقد مع الادارة مرهقا له، كما يؤدي في حال الاستمرار في تنفيذ العقد الى الحاق خسارة فادحة به.

وبما انه يقتضي متابعة تنفيذ العقد الاداري بالرغم مما يؤدي اليه الظرف الطارئ من قلب اقتصاديات العقد.

لذلك يتوجب على الادارة ان تشارك المتعهد في خسارته فتتحمل قسما منها، من دون ان تلتزم بتعويض خسارته كلها، بل يكفي ان تقدم عونا له، ولو مؤقتا، يعينه على الاستمرار في القيام بالتزاماته العقدية.

---

١ - ادارية خاصة ١٩٧١/١٢/١٣، ن.ق.، ١٩٧١، ص ٣٩٢

٢ - مجلس شورى الدولة، ق ٨٠٦ ت ١٩٩٥/٦/١٥، مجلة القضاء الاداري، عدد ٩، ص ٦١٨

وينشأ عن ذلك ان آثار نظرية الظروف الطارئـــة تنحصـــر باثنين : استمرار المتعهد في تنفيذ التزاماته العقدية، وحقه في الحصول على تعويض .

- الاثر الاول : استمرار المتعهد في تنفيذ التزاماته العقدية

بالرغم من تحقق نظرية الظروف الطارئـــة، فيتوجـــب علـــى المتعهد ان يستمر في تنفيذ العقد. واذا تمنع عن ذلك، يكون قد ارتكـــب خطأ عقديا يتحمل هو نتائجه، وتعذر عليه، بالوقت نفســـه، الاســتفادة مـــن نظرية الظروف الطارئة، واقتضائه التعويـــض اســتنادا اليـــها. وتطبيقا لهذه القاعدة قضى مجلس شورى الدولة بانه من المستقر فقـــها وقضاء ان الادلاء بنظرية الطوارئ غير المتوقعة لا يعفـــي المتعـــهد مـــــن متابعة التنفيذ تحت طائلة توقيع الجزاءات التعاقدية، ومنها حـــق الادارة بالفسخ وحرمانـــه من التعويـــض الناتج عن الطارئ رغم توفر شروطه [1] .

ما هو الحكم فيما لو نفذ المتعهد التزاماته تنفيذا جزئيا ؟

ذهب بعض القضاء في هذه الحالة الى القـــول : ان مقتضـــى نظرية الحوادث الطارئة، هو الزام جهـــة الادارة بمشـــاركة الشـــركة المتعاقدة في هذه الخسارة، ضمانا لتنفيذ العقد الاداري تنفيـــذا ســليما، ويستوي ان يحصل التنفيذ من الشركة نفسها، او تقوم به جهـــة الادارة نيابة عنها، عند الشراء على حسابها. كما ان تطبيق هـــذه النظريـــة لا

---

[1] - مجلس شورى الدولة، ق ٧٤٩ ت ١٩٩٦/٦/١٢، مجلة القضاء الاداري، عـــدد ١٠، ص ٦٩٢

يعفي الشركة من غرامة التأخير والمصاريف الادارية، وفقا لاحكام لائحة المخازن والمشتريات، وانه يجب ان يؤخذ في الاعتبار، عند توزيع الخسارة بين الشركة والوزارة، الظروف التي ابرم فيها العقد، من ارتفاع مفاجئ في اسعار الزئبق بسبب تهافت الدول الكبرى على شرائه [١] .

ويتضح من هذا القرار ان المحكمة قد اقرت في حكمها امكانية تطبيق نظرية الظروف الطارئة، بالرغم من توقف الشركة المتعاقدة عن تنفيذ العقد، وان كانت قد حسمت غرامات التأخير المستحقة عليها من مبلغ التعويض المستحق لها نتيجة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة. وبالمعنى نفسه قضي بانه يستوي ان يحصل التنفيذ من المتعاقد نفسه، او تقوم به جهة الادارة عنه عند الشراء على حسابه [٢] .

وخلافا لهذا الرأي قررت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مصر، في فتواها تاريخ ١٩٨٠/٢/٦ بأنه اذا توقف المتعاقد عن تنفيذ العقد المبرم بينه وبين جهة الادارة، بعدما نفذ جزءا منه، فان دواعي تطبيق النظرية تختلف بالنسبة اليه، اذ كان يتعين عليه ان يستمر في التنفيذ حتى يحفظ حقه في المطالبة بتطبيق تلك النظرية ان توافرت شروط اعمالها [٣] .

---

[١] – المحكمة الادارية العليا المصرية، ١٩٦٢/٦/١٩، المجموعة، س ١٤، ص ٢٦١

[٢] – المحكمة الادارية العليا المصرية، ١٩٨٤/١/٢١، الطعن رقم ٨٧٧ لسنة ٢٧ ق، الموسوعة الادارية الحديثة ج ١٨، ص ٩٠٩

[٣] – جابر جاد نصار، م.س.، ص ١٨٤

الأثر الثاني : حق المتعاقد في الحصول على تعويض

تلتزم الادارة المتعاقدة بمشاركة المتعهد بجزء من الخسارة التي لحقت به في حال تحقق شروط نظرية الظروف الطارئة.

ولكن ما هو مدى التعويض الذي تلتزم به الادارة، فهل يشمل كل ما لحق بالمتعهد من خسارة، كما هو الامر في نظرية عمل الحاكم او الامير ؟ ام ان التعويض لا يتعدى تحمل الادارة جزءا من الخسائر التي لحقت بالمتعهد، ويتحمل هو الجزء الآخر ؟

الواقع هو ان الادارة المتعاقدة تلتزم بمشاركة المتعاقد معها جزءا من الخسارة التي لحقت به طول فترة الظرف الطارئ ضمانا لتنفيذ العقد الاداري وتحقيقا لسير المرفق العام. فيقتصر دور القاضي الاداري، اذن، على الحكم بالتعويض المناسب من دون ان يكون له حق تعديل الالتزامات العقدية.

والتعويض المترتب تطبيقا لنظرية الظروف الطارئة، ما هو في الواقع الا معاونة تقدمها الادارة للمتعاقد معها لتخفف من خسارته، كي يستطيع الاستمرار في تنفيذ التزاماته. وهذا التعويض لا تحكمه قاعدة ثابتة، وانما يراعي فيه القاضي مقتضى الحال، وظروف العقد، وحالة المتعاقد، والقدر اللازم من التعويض حتى لا يتوقف تنفيذ العقد، وسواها من الاعتبارات التي يعود تقديرها الى القضاء.

النظرية الثالثة : نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

١ - مفهوم النظرية

ابتكر الفقه والقضاء هذه النظرية، ومن مقتضياتها انه عند تنفيذ العقود الادارية، وخصوصا عقود الاشغال العامة، قد تطرأ صعوبات، تجعل التنفيذ اشد وطأة على المتعاقد مع الادارة، واكثر كلفة.

ولا يشترط ان تؤدي هذه الصعوبات الى جعل التنفيذ مستحيلا، بل تؤدي فقط الى جعله مرهقا للمتعهد، ومكلفا له بصورة لم يتوقعها عند ابرام العقد، وتقتضي العدالة تعويضه عن ذلك بزيادة الاسعار المتفق عليها في العقد زيادة تغطي الاعباء والتكاليف التي تحملها، على اعتبار ان الاسعار المتفق عليها في العقد تسري على الاعمال العادية المتوقعة فقط، ولا تكفي لتغطية زيادة الاعباء والتكاليف المستجدة، وهذه هي نية الطرفين المفترضة والمشتركة.

تختلف هذه النظرية في اسبابها ونتائجها عن نظرية الظروف الطارئة وعن حالة القوة القاهرة.

فهي تختلف عن نظرية الظروف الطارئة في ان التعويض المترتب على اساسها يكون كاملا وهو يشمل جميع الاضرار التي يتحملها المتعهد، عن طريق دفع مبلغ اضافي له على الاسعار المتفق عليها. اما التعويض المتوجب في حالة نظرية الظروف الطارئة فهو عبارة عن معاونة مالية جزئية تمنحها الادارة الى المتعهد لمساعدته

على تخفيض خسارته، بحيث يشترك المتعهد والادارة معا في تحمل الخسائر الناتجة عن الظروف الطارئة.

ولذلك قضى اجتهاد مجلس شورى الدولة بان اعتماد نظرية الاعباء المادية غير المتوقعة يلقي على عاتق الادارة كامل التعويض عن النفقات الاضافية التي يتحملها المتعهد لمواجهة الصعوبات التي اعترضت التنفيذ العادي للعقد. وذلك خلافا لنظرية الطوارئ غير المنظورة التي تقصر التعويض على مساهمة جزئية في النفقات الاضافية [1] .

كما تختلف عن حالة القوة القاهرة في انه مع نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة لا يصبح، تنفيذ الالتزام مستحيلا، بل فقط اشد عسرا واكثر كلفة. في حين انه في حالة القوة القاهرة يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا،مما يؤدي إما الى وقف التنفيذ او الى فسخ العقد، بينما في حالة الصعوبات المادية غير المتوقعة يستمر التنفيذ، ويكون المتعهد مسؤولا عن عدم متابعته .

اذا تبين ان المتعهد لا يواجه صعوبات مادية غير عادية او استثنائية فلا يكون ثمة مجال لتطبيق النظرية، وبالتالي لالزام الادارة بدفع التعويض للمتعهد، وهذا ما ذهب له مجلس شورى الدولة، بقضائه بان الجهة المستدعية، مؤسسة لبنان للهندسة والمقاولات، التي التزمت اشغال تعزيل قناة القاسمية لمصلحة الجهة المستدعى ضدها،

---

[1] - مجلس شورى الدولة، ق ٢٠٦ ت ١٩٩٣/٤/٢٢، مجلة القضاء الاداري، ع ٧، ١٩٩٤، ص ٢٧٨

المصلحة الوطنية لنهر الليطاني، تطلب الزام هذه الاخيرة، بان تدفع لها مبلغ اربعة ملايين وخمسماية الف ليرة لبنانية كتعويض عن زيادة الاكلاف في تنفيذ المشروع، وذلك تحقيقا لتوازن العقد المادي.

وبما ان المستدعية تدلي سندا لطلبها بنظرية الاعباء غير الملحوظة التي توجب تعديل عقد الالتزام بالتعويض على الملتزم في حال فقدان توازن العقد المالي.

وبما انه في ما يتعلق بنظرية الاعباء غير الملحوظة Théorie des sujétions imprévues فان الاجتهاد يعتبر ان احد ابرز شروط تطبيق هذه النظرية، ان تكون الاعباء ناتجة عن صعوبات مادية.

Difficulté d'ordre matériel, la sujétion imprévue est le plus souvent issue d'un phénomème naturel, c'est-à-dire des difficultés inattendues révélées en cours d'exécution du travail public par l'état des lieux [1]

وبما انه لا يتبين مع مجمل معطيات ملف المراجعة الحاضرة، ان المستدعية صادفت في عملها وضعا مماثلا، أي صعوبات مادية تتعلق بطبيعة ارض موقع الالتزام.

وبما ان ادلاء المستدعية بالتالي بنظرية الاعباء غير الملحوظة يكون في غير موقعه القانوني ومستوجب الرد [2] ..

---

[1] - Delaubadère, t 11 1984 n° 1281.

[2] - مجلس شورى الدولة، ق ٥٥٦ ت ١٩٩٩/٥/١٩، مجلة القضاء الاداري، عدد ١٤، ص ٥٨٣

٢ - شروط تطبيق النظرية

يجب لاعمال نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، توافر ثلاثة شروط هي :

الشرط الاول : صعوبات مادية غير عادية او استثنائية

يقتضي لكي تتحقق النظرية ان تظهر صعوبات مادية، لم تكن في حسبان المتعهد وقت ابرام العقد، وينتج عنها ارهاق المتعهد وجعل تنفيذه لالتزاماته اكثر كلفة مما قدره عند ابرام العقد.

وغالبا ما تكون الصعوبات طبيعية، وتدور في نطاق تنفيذ المتعهد لعقد اشغال عامة، كما هو الامر عندما يتبين في اثناء تنفيذ الالتزام ان الارض موضوعه صخرية والعمل فيها مكلف، او انها غير صالحة للبناء عليها، او تحتاج الى تجهيزات اكثر كلفة مما قدره المتعاقدان وقت ابرام العقد.

ولكنه بالرغم من ان الصعوبات تكون في غالب الاحيان طبيعية. فذلك لا يعني انها يجب ان تكون دائما كذلك. فقد تعود هذه الصعوبات ايضا الى عمل الانسان، كما لو حصلت بفعل شخص اجنبي عن العقد. غير انه في جميع الحالات يقتضي الا تكون الصعوبات المادية قد حصلت بفعل احد فريقي العقد. فلو حصلت بفعل الادارة لانطبق عليها نظرية فعل الامير، ولو حصلت بفعل المتعهد لتحمل وحده مسوؤليتها، وبالتالي، فلا مجال لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

ويجب ان تكون الصعوبات ذات طابع استثنائي، وذلك لان الصعوبات العادية لا تستدعي التعويض عنها، فكل علاقة تعاقدية يمكن ان تواجه بصعوبات عادية، وهذا ما يدخل في الحسبان عند التعاقد.

الشرط الثاني : يشترط ان تكون الصعوبات غير متوقعة

يقتضي ان تكون الصعوبات المكونة لهذه النظرية، التي تستوجب التعويض من قبل الادارة على المتعهد غير متوقعة بل مفاجئة للمتعهد. اما اذا كانت متوقعة، وحتى اذا كان ثمة امكانية لتوقعها ببعض الجهد عند التعاقد فلا مجال لتطبيق النظرية.

فهذا الشرط، يوجب، اذن ، ان تكون الصعوبات غير متوقعة، او مما لا يمكن توقعها، او ليس في الوسع توقعها. وهذا ما ينطوي على معنى المفاجأة في صورة معينة، كأن يجد المتعهد مع الادارة نفسه ازاء حالة لم يكن يتوقع حدوثها، سواء استنادا الى دفتر الشروط، او الى دراسته الاولية للشروط، او بالرغم مما نبه اليه او ما اتخذه من حيطة لا تفوت على الشخص المتبصر بالامور قبل الاقدام على المساهمة في تسيير المرفق العام موضوع التعاقد.

وهذا ما يؤكده القضاء في حكم حديث صدر عن المحكمة الادارية العليا، التي قضت بانه « من حيث انه لما سبق وكانت الادارة حسبما سلف، لم تنف وجود اختلاف في طبيعة الارض والتربة، بالنسبة الى الاعمال الاضافية،عن طبيعة الارض والتربة بالنسبة الى الاعمال الاصلية، التي كانت محلا للعقد الاصلي. كما وان الثابت من تقرير

الخبير الذي ندبته محكمة القضاء الاداري، ان الاتربة المتولـــدة عـن الحفر، بالنسبة الى الاعمال الاضافية، تختلف اختلافــا جوهريــا عــن الاعمال الاصلية، وان حجم الاتربة التي قام المطعــون ضـــده بنقلــها بمناسبة تنفيذ الاعمال الاضافية، يجاوز نسبة ٢٥% من قيمة الاعمـــال الاصلية. ونظرا لان الادارة لم تقدم ما يفيد ان المطعــون ضـــده قــام بمعاينة الارض موضوع الاعمـــال الاضافيـــة، او ان الادارة نفســها كانــت تعلم باختلاف طبيعة الارض، بالنسبة الى الاعمــال الاضافيــة عــن الاعمال الاصلية، كما انه، وحسبما سلف، لا يمكن القول بــامتداد الاقرار الصادر عن المطعون ضده بمعاينة الارض والتربة بالنسبة الى الاعمال الاصلية، الى الاعمال الاضافية، وبالتالي يكون مـــن الثـــابت مـــن الاوراق ان هناك صعوبات مادية لم تكن متوقعة لدى طرفـــــي العقــد [١] ».

وقضى مجلس شورى الدولة بانه اذا بيـــن الخـبراء ان آبـــار الاستكشاف لم تعط فكرة صحيحة عن طبيعة الارض، كمـــا انـــها لـــم تتناول سبر الغور اللازم، وان ما تعرضت له الجهة المدعية كان غــير منتظر، ان بالنسبة اليها، او بالنسبة الى الجهة المدعى عليـــها بســبب طبيعة الارض وتكوينها غير المنظور لاســـباب خارجــة عــن ارادة الجهتين، اقتضى ذلك التعويض على الجهة المستدعية عن ذلك [٢].

---

١ – المحكمة الادارية العليا المصرية، ١٩٩٧/١٢/٣٠، القضية رقم ٧٨٩٢ لســـنة ٨ ق. المجموعة ، س ١١، ص ١٥٢

٢ – مجلس شورى الدولة، ق ٤٨٦ ت ١٩٩٥/٣/٢٠، مجلة القضـــاء الاداري، عـــدد ٩، ص ٤٣٧

اما اذا تبين ان الصعوبات المادية كانت متوقعة فيرد طلب التعويض، وبذلك قضي بانه يرد طلب التعويض عن الاكلاف الاضافية في سبيل نزع الطبقة الصخرية اذا اطلع المتعهد على مواقع العمل وكشف عليها كما يتبين من محضر التسليم، ولم يتبين من الملف والمستندات المبرزة، ان ظهور الطبقة الصخرية كان مفاجأة كاملة للفريقين معا وغير متوقع مطلقا، نظرا لطبيعة الارض موضوع الالتزام [1] .

ما هو الحكم فيما لو جرى تنبيه المتعهد الى طبيعة التربة وما قد يكون فيها من صعوبات ؟

في مثل هذه الحالة يعود الامر الى القضاء لتقدير اهمية هذا التنبيه، وما اذا كان كافيا لتوقع المتعهد الصعوبات اولا. وقد تستند المحكمة الى قرائن متعددة، ومنها سعر الصفقة. فاذا تبين ان تنبيه المتعهد يؤدي الى توقع حدوث الصعوبات، فيكون عندئذ مسؤولا عن اقدامه على ابرام العقد، اما اذا تبين ان التنبيه انما يحمل على الصعوبات التي تطرأ على تنفيذ في العقد في الحدود المعقولة، فلا يحول ذلك دون الأخذ بالنظرية. ولذلك افتي بانه لا يصح القول بانه كان ثمة اتفاق على عدم مسؤولية هيئة قناة السويس عن تعويض الشركة عما تصادفه من صعوبات غير متوقعة، كتلك التي صادفتها متمثلة في زيادة حجم التربة الصلبة اضعافا مضاعفة تجاوز كل ما كان

---

[1] - مجلس شورى الدولة، ق ١٩١ ت ١٩٨٥/٣/٣٠، مجلة القضاء الاداري، عدد ٣، ص ١٧٦

مقدرا، على اساس الاختبارات التي جــرت بمعرفــة المقــاولين قبــل التعاقــد وبمعرفة الهيئة. وذلك ان القول مردود بان ما جاء في العقــد، وفي الشروط في شأن التنبيه الى طبيعة التربة، والى ما تحتويــه مــن صخور صلبة، ونحو ذلك، يحمل على انه قصد به عدم مساءلة الهيئــة عما يصادفه من يعهد اليه بتنفيذ المشروع من عقبات بسبب ذلك، فــي الحدود المعقولة التي يصل اليها التقدير العادي للامــور مبنيــا علــى الاختبارات والبحوث الممكن اجراؤها عند وضع مثل هذا التقدير. امــا ما جاوز هذه الحدود، مما يكون تم التسليم بانه لم يكن يخطر ببــال أي من المتعاقدين، او ما لم يكن في مقدور احد ان يتكهن به عند التعــاقد، فان تفسير العقد على اساس النية المشتركة للمتعاقدين، مع الاســتهداء بطبيعة التعامل، وبما ينبغي ان يتوافر من امانة وثقة بين المتعــاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات، يقتضي القول بانه مما لم يتجه اليه قصد المتعاقدين، لامر بديهي هو انهما لم يكونا يتوقعانه [١] .

الشرط الثالث : التحاق ضرر بالمتعهد

لا مجال لاعمال نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، ما لــم يكن قد لحق ضرر بالمتعهد من جراء التنفيــذ بــالرغم مــن وجــود الصعوبات. وهذا الضرر هو الذي يبرر التزام الادارة بدفع التعويــض الى المتعاقد معها. فاذا تبين ان المتعهد يملك اجهزة متطورة بمقدورهــا

---

[١] – فتوى الجمعية العمومية لمجلس الدولة، رقم ٩٥ ت ١٩٦٤/٣/٤، الموسوعة، ج ١٨، ص ٩١٤

التغلب على الصعوبات المادية التي قابلته، فليس ثمة مجال لتطبيق النظرية، لعدم تعرض المتعهد للضرر.

ويتمثل الضرر بارتفاع الكلفة وزيادة الاسعار بصورة لم تكن متوقعة. مما يؤدي الى زيادة اعباء المتعهد. اما اذا تبين ان زيادة الاعباء لا تؤدي الى ارهاق المتعهد، ولا تخل باقتصاديات العقد، فلا تطبق النظرية.

٣ - آثار النظرية

تنحصر آثار النظرية بأثرين :

الاول : استمرار التعاقد

لا تؤدي الصعوبات المادية غير المتوقعة الى فسخ العقد، او انهائه، بل يستمر المتعاقد مع الادارة في تنفيذ التزاماته، كما هو الامر في نظريتي فعل الأمير والظروف الطارئة. وذلك لان الصعوبات المادية لا تؤدي الى استحالة تنفيذ الالتزام، كما هو الامر في القوة القاهرة. بل يستمر تنفيذ الالتزام الذي يصبح، مع الصعوبات المشار اليها، اكثر كلفة وارهاقا.

الثاني : دفع تعويض للمتعهد

يؤدي تطبيق النظريةالى ضرورة تعويض المتعاقد مع الادارة عما احدثته الصعوبات المادية غير المتوقعة من زيادة في التكاليف او الاسعار، على ان يكون هذا التعويض كاملا ومعادلا لقيمة الضرر.

ويتضح من النظريات الثلاث المتقدمة المنبثقة عن فكرة التوازن المالي ان المشرع وفقه القضاء الاداري واجتهادات المحاكم الادارية، قاموا بما بوسعهم لتعويض المتعهد عما يصيبه من اضرار غير متوقعة في اثناء تنفيذ التزاماته، مع الزامه بمتابعة التنفيذ تحقيقا لسير المرافق العامة، الا في حالة القوة القاهرة.

ويلاحظ ان التعويض، تطبيقا لنظريتي فعل الامير والصعوبات المادية غير المتوقعة يكون كاملا ومعادلا لقيمة الضرر اللاحق بالمتعهد، اما بالنسبة الى تطبيق نظرية الظروف الطارئة فلا يكون التعويض كاملا بل جزئيا يمثل معونة تقدمها الادارة الى المتعاقد معها المتضرر لتخفيف خسارته. ومع ذلك فقد بدأ الرأي يميل حديثا في العقود الادارية ومنها عقد ال BOT الى تطوير فكرة التوازن المالي، بحيث تلتزم الادارة بتعويض المتعهد تعويضا كاملا، حتى في حالة الظروف الطارئة لانه اذا كان يسلم للادارة بمركز متميز في العقد الاداري، نظرا لارتباط هذا العقد بانشاء وتنفيذ مرفق عام، فانه يقابل هذا الامتياز لصالح الادارة، حقوق المتعاقدين معها، لجهة وجوب تعويضهم عما يلحق بهم من اضرار، وهم ملزمون بالاستمرار في تنفيذ المرفق العام، وذلك بنسبة قيمة الاضرار اللاحقة بهم، حتى في حالة نظرية الظروف الاستثنائية.

الفصل الخامس

التحكيم في عقود ال BOT وتأثيره على سلطة الادارة

اولا – التحكيم في عقد ال BOT بوجه عام

قد تتضمن عقود ال BOT بندا تحكيميـا، ينـص علـى فـض منازعاتها عن طريق التحكيم بدلا من القضـاء.وغالبـا مـا تحـرص شركـة المشروع عند ابرام العقد على اخضاعه للتحكيم، لانها بذلـك تتدخل في تكوين العقد التحكيمي في حال حصول النزاع، وتتجنب البطء في اعمال المحاكم.

وقد ارتبط نظام التحكيم في السنوات الاخـيرة بفكـرة التنميـة الاقتصادية وجذب الاستثمارات الاجنبية. وقد اتسع نطاق الاخذ بنظـام التحكيم، وتعدى العقود التجارية الى عقود التنمية الاقتصاديـة، سـواء كانت عقودا مدنية او ادارية. وقد كان للاعتبارات السياسية والتغـيرات الاقتصادية دور مؤثر في اتساع نطاق التحكيم.

ويرجع ذيوع التحكيم، كوسيلة لفض المنازعات، في اطار العقود الدولية، ومنها عقد ال BOT الى عدة عوامل ، من اهمها :

العامل الاول :بساطة الاجراءات

يتميز التحكيم ببساطة اجراءاته وسرعتها، في مواجهـة البـطء الشديد لاجراءات التقاضي امام المحـاكم، اذ يحـاط القضـاء دائمـا،

باجراءات معقدة وطويلة ومتعددة الدرجات، والسبب في ذلك هو ما تفرضه القوانين من شكليات تحوطا للمحافظة على حقوق المتقاضين، وتحقيق العدالة. بينما في التحكيم يحدد الاطراف اجراءات التحكيم وميعاد صدور القرار التحكيمي، ويتدخلون في تعيين المحكمين .

العامل الثاني : الحفاظ على السرية

قد يرى الفرقاء المحافظة على سرية منازعاتهم امام المحكمين ولذلك يتميز التحكيم بسرية اجراءاته، اذا اراد اطراف العلاقة ذلك. وتعتبر السرية في نطاق العقود التجارية الدولية مسألة مهمة. لان الامر يتعلق باسرار مهنية او اقتصادية، قد يترتب على علانيتها الاضرار بمراكز اطراف العلاقة. كما ان هذه السرية تحد من تضخيم النزاع، وقد تؤدي الى التسوية الودية، ومن ثم استمرار العلاقة بين اطراف النزاع. اما التقاضي امام المحاكم فيسود مبدأ العلانية كل اجراءاته.

العامل الثالث : تعيين المحكمين من قبل اصحاب العلاقة

يتميز التحكيم ايضا بانه يعطي اطراف العلاقة قدرا كبيرا من الحرية في تحديد المحكمين الذين سينظرون في النزاع، ولا يشترط فيهم ان يكونوا من القضاة. مما يعني انه يمكن اختيار المحكمين من الاشخاص ذوي الخبرة بموضوع النزاع. بينما يعين القضاة من سلطات الدولة، وتوكل اليهم مهمة الفصل في الدعاوى بوجه عام، وليس الفصل في نزاع معين. وقد لا يكون القاضي المختص من اصحاب الخبرة في موضوع النزاع، وان كان يتمتع باختصاصات عالية تؤهله للفصل في أي نزاع يدخل في اختصاصه، ويمكنه الاستعانة بالخبراء.

العامل الرابع : الافلات من القضاء الوطني

يعتبر التحكيم وسيلة من الوسائل التي تمكن وحدات النظام الرأسمالي، ومنها الشركات العابرة للقارات، من الافلات من التقاضي الوطني.

توجد من الناحية العملية اعتبارات كثيرة تؤثر في اختيار المحكمين، وفي تحديد القانون المطبق على النزاع، وذلك لوجود الدول الرأسمالية والشركات القوية كاطراف في علاقات التحكيم. وهذا ما يؤدي في حقيقة الامر الى فرض ارادة الفريق القوي على الفريق الضعيف، ولو تم الامر في نهاية المطاف في صورة عقد رضائي. ولذلك تخوف البعض من خطورة هذا الوضع الذي اصبح معه الطرف الاجنبي هو الخصم والحكم، وهو وضع يهدد المصالح الاقتصادية للعالم العربي في نطاق التحكيم، الذي لا يبرأ من بعض النزاعات العنصرية، ولا يسلم من الشبهات العنصرية حينا، كما لا يسلم من الشبهات عامة في احيان كثيرة [١] .

العامل الخامس : ارادة طرفي النزاع

ان اساس نظام التحكيم هو ارادة اطراف النزاع، الذين يفضلونه على قضاء الدولة، ويحددون عدد المحكمين، اذا اقتضى الامر. كما يعينون مكان التحكيم ونوعه واجراءاته والقواعد والقوانين التي يخضع لها. وعلى ذلك فان التحكيم، يقتضي، في غالب الاحيان، ولا سيما في

---

[١] – احمدالسيد صاوي، التحكيم طبقا للقانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤، وانظمة التحكيم الدولية ط ٢٠٠٢، ص ٩

العقود الدولية، التي يكون احد اطرافها على الأقل اجنبيا، امرين : **الامر الاول** : استبعاد قضاء الدولة والاستعاضة عنه بهيئة تحكيم يختارها الاطراف ، ويعهدون اليها ببعض المنازعات التي قد تنشأ بينهم. **والامر الثاني** : استبعاد تطبيق القانون الوطني على النزاع، واختيار قانون اجنبي لتطبيقه على العقد.

ثانيا - التحكيم في العقود الادارية

ان نظرية العقود الادارية هي نظرية قضائية. بمعنى ان العقد الاداري، يخضع في بت منازعاته للقضاء الاداري. ولكن النظام القانوني والقضائي الذي يخضع له العقد الاداري، يختلف عن النظام القانوني والقضائي الذي يخضع له العقد المدني.

ولما كان العقد الاداري يتمتع بخصائص تميزه عن خصائص العقد المدني، ولا سيما لجهة حق الادارة في فرض بنود خارقة لا تتوافق مع المساواة بين طرفي العقد .

وبما ان التحكيم يؤثر على خصائص العقد الاداري والنظام القضائي والقانوني الذي يحكمه. لذلك ثار الجدل حول امكان اخضاع العقد الاداري او عدم اخضاعه للتحكيم. وهذا ما نبحثه في المقطع التالي .

وفي اطار عقد ال BOT يؤثر التحكيم على سلطات الادارة في العقد الاداري، اذ يلاحظ ان ثمة سلطات ثابتة للادارة في العقود الادارية، بحيث لا يمكن تصور ممارسة الادارة لها في ظل خضوع

العقد الاداري للتحكيم، ومن هذه السلطات : حق الادارة في توقيع جزاءات على المتعاقد، وحقها في استرداد المرفق قبل انتهاء مدة العقد.

ثالثا - عقود ال BOT والتحكيم في لبنان

أ - تضمن بعض عقود ال BOT في لبنان بندا تحكيميا

تتضمن بعض عقود ال BOT في لبنان بنودا تحكيمية، فالمادة السابعة من العقد المعدل المبرم مع شركة ليبان بوست، تنص على انه « تخضع الخلافات الناشئة عن تفسير العقد وتنفيذه، والتي لم يتمكن الفريقان من تسويتها، من خلال التشاور بين الفريقين او لجنة التنسيق المنصوص عليها في البند ٣٤، للتحكيم امام المركز اللبناني للتحكيم، وفق القوانين والانظمة اللبنانية والقواعد والاصول المعتمدة لدى هذا المركز، على ان يبت بالخلاف خلال مهلة اقصاها ثلاثة اشهر غير قابلة للتجديد. ويمكن للملتزم Operator كما للوزارة Regulator خلال مهلة شهر استئناف القرارات التحكيمية الصادرة عن هذا المركز، وعلى نفقة كل منهما، امام مركز التحكيم في جنيف سويسرا الذي يحكم في اساس النزاع وفق قواعد التسوية والتحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية، وتبقى احكام العقد سارية بما عدا ذلك ».

كما تنص المادة ٣٠ من العقد المبرم بين وزارة البريد والاتصالات السلكية واللاسلكية، من جهة ، وشركة ليبانسل ش.م.ل. من جهة اخرى، المقرر بموجب القانون رقم ٩٣/٢١٨، الذي اجاز لوزارة البريد والاتصالات السلكية واللاسلكية اجراء استدراج عروض عالمي لتحقيق مشروع نظام الراديو الخليوي الرقمي

المتطور (G.S.M.) وتلزيمه لمدة لا تتجاوز الاثني عشر عاماً، على تسوية المنازعات في حال حصولها عبر المشاورات، والا طبقا لقواعد المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية. وكذلك الامر في المادة ٣٠ من العقد المبرم بين الوزارة نفسها وشركة ف.ت.م.ل. (FTML) .

ب - مصير التحكيم امام القضاء اللبناني

وعلى اثر الخلاف الناشب بين الوزارة وكل من الشركتين المذكورتين، وجهت الوزارة الى كل منهما تعليمات خطية بشأن عدة مخالفات في اثناء تنفيذ المشروع، وبما ان الشركتين لم تمتثلا لهذه التعليمات، وبناء على قرار مجلس الوزراء، اصدر الوزير المختص أمر التحصيل رقم ١٤٩٩ تاريخ ٢٠٠٠/٤/٢٢ بوجوب دفع مبلغ ثلاثمائة مليون دولار اميركي من قبل كل من الشركتين المستدعى ضدهما كتعويضات للخزينة. فتقدمت كل من الشركتين باعتراض على امر التحصيل امام المحكمة الابتدائية في بيروت، ثم تقدمت بمعاملة تحكيمية امام غرفة التجارة الدولية في باريس استنادا الى احكام المادة ٣٠ من العقد، مما دفع الدولة الى تقديم مراجعتين امام مجلس شورى الدولة لتفسير احكام المادتين ١٣ و ٣٠ من العقد.

ونتيجة للمراجعتين اصدر مجلس شورى الدولة القرارين رقم ٦٣٨ تاريخ ٢٠٠١/٧/١٧ المتعلق بالمراجعة ضد شركة ليبانسل، ورقم ٦٣٩ تاريخ ٢٠٠١/٧/١٧ المتعلق بالمراجعة ضد شركة ف.ت.م.ل. (FTML) . وقد اعتبر مجلس شورى الدولة في قراريه المشار اليهما انه

لا يجوز التحكيم في العقود الادارية. ولذلك فالبند التحكيمي الوارد في كل من العقدين يكون باطلا لمخالفته للنظام العام.

ومما جاء في حيثيات القرارين ما يأتي :

ان منع التحكيم في العقود الادارية مبدأ راسخ في العلم والاجتهاد الاداريين، وقد استقر عليه اجتهاد مجلس الشورى الفرنسي، وما برح يؤكده، منذ قراراته الاولى حتى اليوم. وهذا المبدأ يتعلق بالانتظام العام، ويقتضي اثارته عفوا، واذا حصل التحكيم، فان القرار التحكيمي ذاته يعتبر باطلا، ولا يمكن الاحتجاج بمشاركة الشخص العام في اجراءات التحكيم لرفض حقه في الطعن بالقرار التحكيمي. وان المبررات الاساسية لمبدأ منع التحكيم في العقود الادارية تعود الى مقتضيات الانتظام العام، التي توجب على الدولة الا تخضع الا للمحاكم التي انشأها القانون، وان اختصاص القضاء الاداري مرتبط بالانتظام العام كاختصاص القضاء العدلي. وانه اذا كان لا يعود للقضاء العدلي النظر في ما يدخل ضمن اختصاص القضاء الاداري، فكيف يمكن السماح للمحكمين النظر في هذه المسائل.

وان العلم والاجتهاد في لبنان يؤكدان على ان مبدأ منع التحكيم في العقود الادارية يرتبط بالنظام العام، لان من يتولى السلطة العامة لا يمكنه التنازل عن امتيازاتها المتعلقة بالمصالح العليا للمجتمع، ولان التحكيم يفترض، بحد ذاته، تنازلا مسبقا من الادارة عن بعض حقوقها، او التسليم مقدما للخصم بحقوق قد لا يكون لها نصيب من الصحة.

وقضى مجلس شورى الدولة بالنتيجة بابطال البند التحكيمي الوارد في المادة ٣٠ من العقدين موضوع المراجعة.

ومما اعتمده مجلس شورى الدولة، تبريرا لوجهة نظره ما يأتي :

- ان عقود الامتياز لاستثمار المرافق العامة هي عقود ادارية من نوع خاص، حيث لا يمكن وصفها بانها عقود بالكامل، بل هي اعمال مختلطة تتضمن احكاما عقدية وتنظيمية معا، لان الادارة تحتفظ بسلطتها في تنظيم المرفق العام موضوع الامتياز. وان كلا من العقدين موضوع المراجعة هو عقد امتياز لاستثمار مرفق عام وطني لمدة محددة، منح وفقا احكام المادة ٨٩ من الدستور، وان تسميته الانكلوساكسونية BOT لا تؤثر في وصفه القانوني بانه عقد امتياز، لان العناصر التي يتضمنها وهي : البناء والاستثمار ونقل الملكية الى الدولة، عند نهاية العقد، هي العناصر ذاتها التي يتضمنها عقد الامتياز، وفق التعريف المحدد في المادة ٨٩ من الدستور : منح امتياز لاستغلال مورد من موارد ثروة البلاد الطبيعية، او مصلحة ذات منفعة عامة او احتكار الى زمن محدد .

- ان العقد موضوع المراجعة هو امتياز منح بموجب تفويض من المشرع بالقانون رقم ٢١٨ تاريخ ١٩٩٣/٥/١٧ لاستثمار مرفق عام وطني ولمدة محدودة، وفقا احكام المادة ٨٩ من الدستور، مع الاحتفاظ للادارة، بنص صريح، في هذا القانون، بسلطة تنظيم المرافق فنيا واداريا واستثماريا، بمراسيم تتخذ في مجلس الوزراء، وبنص

صريح في العقد ذاته، في المادة ١٣ منه، على التزام " المشغل " بجميع القواعد والانظمة والتعاميم التي تصدرها السلطات المختصة خلال تنفيذ المشروع. وبما ان منع التحكيم في العقود الادارية يتسم باهمية خاصة في عقود الامتياز، لان التحكيم لا يفترض تنازلا عن اختصاص القضاء الوطني، وعن بعض حقوق الادارة فحسب، بل ويتضمن ايضا، تنازلا عن سلطتها التنظيمية الدستورية في تنظيم المرافق العامة، واخضاعها لرقابة المحكمين، وهو امر يمس بسيادة الدولة ذاتها. ولذلك ترفض محكمة التمييز الفرنسية، على الرغم من اجتهادها المستمر في الاقرار بصحة البنود التحكيمية، اخضاع الدولة الاجنبية لبند تحكيمي تتنازل بموجبه عن حصانتها القضائية عندما يكون العقد الذي ارتبطت به، عملا صادرا عن تلك الدولة، بموجب سلطتها العامة (١) .

- ان احكام المادة ٦١ من نظام مجلس شورى الدولة تنص صراحة على اختصاصه للنظر في القضايا الادارية المتعلقة بعقود او صفقات او التزامات او امتيازات ادارية اجرتها الادارة العامة، او الدوائر الادارية في المجلس النيابي لتأمين سير المصالح العامة، وهو نص يكرس ما استقر عليه الاجتهاد الفرنسي، وتبعه فيه الاجتهاد اللبناني، منذ زمن بعيد، وفيه ان المساهمة في تنفيذ المرفق العام ذاته، هي معيار كاف بحد ذاته لاعتبار العقد اداريا، ويدخل بالتالي في اختصاص القضاء الاداري. وبما ان مجلس شورى الدولة هو هيئة قضائية تستمد وجودها واختصاصها من الدستور، وهي قائمة بمختلف

---

١ - Cass. Civ. 5.10.1965, Bulletin, n° 510, p.p. 384 – 385.

اجهزتها التي تشكل ركنا من اركان الدولة، في حين ان التحكيم مرهون بالفرقاء، ومجلس شورى الدولة لا يقرر اختصاصه في ضوء ما يتخذه المحكمون من قرارات، وهو بالتالي لا ينتظر نتائج المراجعات التحكيمية حتى يقرر هذا الاختصاص، فيكون من الثابت، والحال هذه، ان النظر في هذه المراجعة يدخل حتما في اختصاص مجلس شورى الدولة.

- ان اطلاق يد الحكومة في التعاقد مع غير شركة واحدة لا يقصي عن العقد صفة الامتياز التي تستمد من طبيعة هذا العقد، ومن موضوعه .

ان المادة ٧٧ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني، جاءت بنص صريح وحاسم عند قولها، بان الدعوى المتعلقة بصحة او مخالفة امتياز ممنوح او معترف به من قبل الدولة اللبنانية تقام الزاميا لدى المحاكم اللبنانية. وان المادة المذكورة وردت في اطار الفصل المتعلق بالاختصاص الدولي، مما يؤكد ان العودة اليها مناسبة وواجبة في اطار النزاع الحاضر. ولا يرد على ذلك بما ورد في بعض اقوال الفقه، بان النظام العام الدولي يسمو على النظام العام الوطني، لان ما يمكن ان يحد من سيادة الدولة، وبالتالي من سلطتها في التمسك بنظامها العام الداخلي، هي المعاهدات التي تلتزم بها وتصدق عليها سلطاتها الدستورية، وفق احكام دستورها بالذات. اما العقود الادارية او التجارية التي تلتزم بها، فلا يجوز ان تؤدي الى الاخلال بالنظام العام، او بتوزيع الاختصاصات بين السلطات الدستورية، لان أي تحكيم اجنبي، او

قــرار تحكيمي، لا يمكن تنفيذه في دولة ما، الا بعد اعطائه الصيغـــة التنفيذية من محاكمها الوطنية، علما بان الصيغة التنفيذية لا يمكـــن ان تعطى خلافا للانتظام العام. وهذا ما يؤيده العميد فيديل بقولـــه : اننـــا نتفادى كثيرا من المسائل الخاطئة، اذا عدنا الى المبدأ الــذي لا جــدال فيه، وهو انه في جميع الاحــوال، يرعــى القــانون الوطنــي تحديــد الصلاحيات لاعضاء الاشخاص العامين. وتعتـــبر باطلـــة اذن، بنــود التحكيم الموقعة من سلطة لا تتمتع بهذا الحق، وفق قانونـــها الوطنـــي، حتى ولو استبعد القانون الوطني بالاتفاق المتبادل.

- لم يتضمن القانون رقم ٢١٨ تاريخ ١٩٩٣/٥/١٣ الذي فوض بموجبه الوزير المختص اجراء استدراج عروض عالمي لتلزيم مرفــق الاتصالات الخليوية، أي نص بالاجازة له التوقيع على بند تحكيمي فـــي العقد.

- لا محل لتطبيق احكــام المــادة ٨٠٩ مــن قــانون اصـــول المحاكمات المدنية، التي اجازت للدولة وسائر الاشـــخاص المعنوييـــن العامين اللجوء الى التحكيم الدولي في ما يتعلق بمصالح التجارة الدولية، لان تطبيق احكام هذه المادة، ينحصر بالعقود التـــي تجريـــها الدولـــة وتخضع فيها للقانون الخاص، ولا تمارس فيها امتيازاتها كسلطة عامة، ويعود النظر فيها للقضاء العدلي، من دون العقود الادارية التي تخضـــع للقانون العام، ويعود النظر فيها للقضاء الاداري.

- لا يمكن الاعتداد بالفقرة الثانية من المادة ٧٩٥ مـــن قـــانون اصول المحاكمات المدنية الحالي للقول بان التحكيم غـــدا مبــدأ عامـــا

معمولا به في العقود الادارية. فمن جهة اولى، ان المشرع شاء في هذه الفقرة، تمكين رئيس مجلس شورى الدولة من اعطاء الصيغة التنفيذية للقرار التحكيمي اذا كان هذا القرار متخذا في اطار الشروط التي تسمح باتخاذه . بمعنى آخر، من المنطقي ان يعطى رئيس المجلس هذه الصلاحية، اذا كان النزاع موضوع التحكيم من اختصاص القضاء الاداري. وليس في الفقرة موضوع البحث، ما يدل على خرق المبدأ الراسخ، وبالتالي القول ان التحكيم بات هو القاعدة في المواد الادارية.

ومن جهة ثانية، ان الفقرة نفسها اضيفت الى قانون اصول المحاكمات المدنية، الصادر عام ١٩٨٣، بموجب المرسوم الاشتراعي رقم ٨٥/٢٠، لتسد فراغا تشريعيا في هذا الميدان، ولتمنع التباين في الاجتهاد، ولتلحظ، بصراحة، صلا حية القضاء الاداري لاعطاء الصيغة التنفيذية للقرارات التحكيمية، في حال وجود قانون يسمح بالتحكيم في النزاعات الادارية (ومثل هذه الاحكام القانونية موجود بالفعل في لبنان، ولو كان ذلك بصورة نادرة واستثنائية، ومن قبيل ذلك مثلا، ما ورد في قانون النقد والتسليف وانشاء المصرف المركزي). ومن جهة ثالثة، ومع التسليم بان الصلاحية المعطاة لرئيس مجلس شورى الدولة تشمل القرارات التحكيمية الدولية، بدليل احالة المادة ٨١٥ من قانون اصول المحاكمات المدنية التي جاءت تحت عنوان : التحكيم الداخلي. ومع التسليم بذلك فان المعني بالقرارات التي تعطى الصيغة التنفيذية في لبنان، ليس القرارات الصادرة في المنازعات الادارية على اطلاقها، بل تلك التي تجيزها المعاهدات والقوانين، وعلى وجه استثنائي دائما.

- ليس في نظام مجلس شورى الدولة اللبناني ما يلحظ امكان التحكيم في المنازعات الادارية، اكان ذلك على المستوى الداخلي او على المستوى الدولي.

ج - تعرض القرارين المذكورين للنقد

غير ان القرارين المشار اليهما اعلاه تعرضا للنقد، ولا سيما لجهة تفسير المادة ٨٠٩ من قانون اصول المحاكمات المدنية. ومما ورد في التعليق عليهما :

رأى الرئيس انطوان بارود، رئيس سابق لمجلس شورى الدولة، انه من الخطأ صدور هذين القرارين، وكان من الواجب صدورهما عن مجلس القضايا. وهناك سرعة غير اعتيادية في صدور الاحكام. وان المعروض على مجلس شورى الدولة التفسير، وكان يتوجب التفسير فقط، انما تحولت العملية ودخلت في القضاء الشامل، مما سمح القول بمنع التحكيم، علما بان التفسير يطال العمل الاداري، وليس العقد، كما هي الحال في الواقع المعروض. كذلك يمكن اللجوء الى التحكيم عملا بقانون اصول المحاكمات المدنية، الصادر عام ١٩٨٣، خاصة المادة ٨٠٩ منه، وبالاضافة، فلا مجال للقول بان صلاحية القضاء الاداري هي مبدأ دستوري، بل بعكس ذلك، انها موضوع تشريعي يمكن ان يتصرف به مجلس النواب. وان صلاحية مجلس شورى الدولة لا تستمد من الدستور بل من التشريع، وبالتالي فالتشريع نقل بعض الصلاحيات، فعملا باحكام المادة ٨٠٩ من قانون اصول المحاكمات المدنية يعتبر دوليا التحكيم الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية. ويحق

للدولة وسائر الاشخاص المعنويين اللجوء الى التحكيم الدولي. وعليه ان صلاحية مجلس شورى الدولة لا تستند الى مبدأ دستوري، وبالتالي يمكن اللجوء الى التحكيم.

ان مثل هذا الاجتهاد الصادر عن مجلس شورى الدولة لا يساعد المستثمرين ولا يعطيهم الضمانة، وان عدم اعطاء الصيغة التنفيذية للقرارات التحكيمية التي تصدر في الخارج يخالف المادة ٨١٤ من قانون اصول المحاكمات المدنية، التي تشترط لرفض اعطاء الصيغة التنفيذية الى قرار تحكيمي دولي ان يكون مخالفا للانتظام العام الدولي، وليس للانتظام العام الداخلي.

ويحق للدولة بملء حريتها اللجوء الى التحكيم. فمن الواجب احترام العقود واعتماد حسن النية في تنفيذها، وهذان المبدآن يدخلان في صميم قواعد الانتظام العام.

ان وصف عقد ال BOT على انه عقد اداري وادخاله عنوة في اطار امتياز المرفق العام هو قول غير صحيح، ولا يمكن الاستناد الى التشريع الفرنسي لانه يتضمن نصا يحظر التحكيم هو نص المادة ٢٠٦٠ من القانون المدني الفرنسي، الا ان القانون اللبناني لا يتضمن مثل هذا الحظر، كما هي الحال في بعض الدول الاخرى، وبالاضافة فان محكمة النقض الفرنسية والمحاكم العدلية الفرنسية قد اعتمدت اجتهادا منفتحا على التحكيم الدولي في حال كان احد الاشخاص المتعاقدين من القانون العام. وكذلك ان بعض الدول كسويسرا مثلا ادخلت في تشريعها نصا سبق للمراجع التحكيمية ان كرست

موضوعه قبل ان يتخذ القالب التشريعي، وهو يقضي بانه عندما يكون احد اطراف العقد دولة او مؤسسة او منظمة خاضعة له، فلا يحق لهذا الطرف الرسمي ان يجادل في امكانية اخضاع النزاع الى التحكيم، او في صيغته لان يكون طرفا في التحكيم.

وخلص الدكتور انطوان بارود الى القول انه لا يجوز حجب الضمانات عن المستثمرين. واذا كان مجلس شورى الدولة قد اخذ موقفا رافضا فيبقى لمجلس النواب اتخاذ تشريع صريح، كما هي الحال في سويسرا، لاحترام التحكيم والعمل به [1] .

اما الدكتور غالب محمصاني فقد فصل مآخذه على قراري مجلس شورى الدولة المشار اليهما، وخصوصا التفسير الخاطئ للمادة ٨٠٩ من قانون اصول المحاكمات المدنية التي تجيز للدولة اللجوء الى التحكيم الدولي من دون قيد او شرط. وكان الجدل يدور، قبل هذين القرارين ، حول مدى جواز لجوء الدولة الى التحكيم الداخلي، ومتى يعتبر التحكيم داخليا او دوليا.

ويجب على الدولة تطبيق النظام العام الدولي الذي يوجب احترام الدولة لالتزامها باللجوء الى التحكيم الدولي عندما تكون قد وضعت بكل رضاها بندا تحكيميا بهذا المعنى. وفضلا عن ذلك فقد الحق القراران المذكوران ضربة قاضية بمستقبل الاستثمار والتحكيم. وقد حصر

---

[1] - انطوان بارود، رئيس سابق لمجلس شورى الدولة ورئيس شرف له، مقال، مجلس الشورى اغلق باب التطور في مجال الاستثمار - سرعة غير اعتيادية في صدور الاحكام، ومبادئ متحجرة، جريدة السفير، ٢٠٠١/٨/٧

مجلس شورى الدولة مجال التحكيم الدولي في ميدان ضيق جدا، اقتصر على عقود الدولة الخاضعة للقانون الخاص، وهي فئة ضئيلة جدا من عقود الدولة، واخرجت بالتالي، كافة عقود الامتياز والبناء والاشغال العامة وتطوير البنية التحتية، وكافة عقود التنمية والاستثمار التي توقعها الدولة، عادة، مع الشركات الكبيرة الاجنبية من نطاق التحكيم.

وخلص الدكتور غالب محمصاني الى القول : ان الاجراءات التي اتخذتها الدولة لاستجلاب المستثمرين سوف تكون دون جدوى، ما لم يعط هؤلاء الضمانات الكافية من وراء البنود التحكيمية المدرجة في العقود. وان الصيغة التنفيذية لقرارات التحكيم التي تصدر في الخارج، والتي يطلب تنفيذها في لبنان، سوف تصطدم بالرفض، وبالتالي فمن الاجدى، لاستعادة ثقة المستثمرين، صدور قرار جديد يقضي بصحة البند التحكيمي الذي توقع عليه الدولة في كافة العقود من دون استثناء. ومن الواجب ان يصدر البرلمان اللبناني تشريعا خاصا ينص بصراحة على حق الدولة باللجوء الى التحكيم الدولي في كافة العقود، سواء كانت خاضعة للقانون العام او للقانون الخاص [١] .

وثمة تعليق ثالث، يرى ان العقود الدولية اضحت تأخذ استقلاليتها ومداها، ويعمل الفقهاء اليوم على استخراج مبادرة موحدة قد تكون شبه ملزمة لتدرج في العقود، بهدف اعطاء المستثمرين

---

[١] - غالب محمصاني، القضاء على التحكيم والاستثمار، تعليق على قراري مجلس شورى الدولة تاريخ ٢٠٠١/٧/١٧، المتعلقين بشركتي الهاتف الخليوي، جريدة النهار، ٢٠٠١/٧/٢٤

والمتعاقدين الضمانات الكافية للقيام بما تم التوافق عليه وتعهدوا بتنفيذه في الدول المضيفة، وبالتالي من الصعب القبول بعدم الرضوخ للاحكام التعاقدية، ومن ضمنها بند التحكيم. وكم كان اجدى التوصل الى حل المشاكل التي اعترضت هاتين الشركتين، وطلب تفسير بنود العقد بغير الشكل الذي حصلت فيه [١] .

د - رأي في الموضوع

واذا كانَ لا بدّ لنا من رأي نبديه في هذه المسألة، فنقول انه يجب التعرض اليها من ناحيتين : قانونية واقتصادية.

١ - الناحية القانونية

- في القانون الفرنسي

تلجأ بعض الدول التي تأثرت تشريعاتها بالقانون الفرنسي الى حظر التحكيم عند وجود احد اشخاص القانون العام طرفا فيه. ويتخذ مجلس الشورى الفرنسي موقفا متشددا مناوئا للتحكيم في الحق الاداري منذ قراره الصادر في ١٨٣٢/٢/١٩ [٢] . وكان اجتهاده مستقرا آنذاك. ولقد ايد مجلس الشورى الفرنسي في الآونة الاخيرة،ما كان مستقرا عليه في الماضي، حيث ابدى رأيا استشاريا بتاريخ ١٩٨٦/٣/٦ تضمن انه يستفاد من المبادئ العامة للقانون العام الفرنسي، التي يؤكدها نص الفقرة الاولى من المادة ٢٠٦٠ من القانون المدني،

---

[١] - نعيم مغبغب، عقود البناء والاشغال الخاصة والعامة، ط ٣، ٢٠٠١، ص ٥١٧

[٢] - C.E. 19 fév. 1832, Rec. 103.

انه (مع مراعاة الاستثناءات الناجمة عن احكام تشريعية صريحة، او، عند الاقتضاء، عن بنود اتفاقيات دولية اندمجت مع التشريع الداخلي)، لا يسوغ للاشخاص المعنويين من القانون العام، ان يخرجوا عن القواعد التي تحدد صلاحية المحاكم الوطنية، عن طريق اعطاء أي مرجع تحكيمي، صلاحية حل المنازعات التي تقوم بينهم وبين الغير، عندما ترتبط بالاطار القانوني الداخلي [1] .

ويستخلص من هذا الرأي ان مجلس الدولة الفرنسي اسند رأيه على نظرية المبادئ العامة،بعيدا عن اطار النصوص القانونية، مما يعني انه بات أي نص تشريعي مناوئ للتحكيم في الحقل الاداري، لا يتعدى، في نظر المجلس، كونه تطبيقا وتأييدا للمبدأ العام.

واذا كان مؤيدو انعتاق التحكيم، في القضايا الادارية، يتذرعون بعبارة : « الاطار القانوني الداخلي » في الرأي المشار اليه، ليستنتجوا ان ما يخرج عن هذا الاطار لا يقع تحت دائرة الحظر، الا ان مجلس الدولة الفرنسي يتحكم بتحديد ما هو داخلي، وما هو خارجي. والدليل على ذلك انه وصف العقد الذي كان منويا اجراؤه مع شركة « والت ديزني برودكشيون » الاميركية، انه ينتمي الى الاطار الداخلي، ولا يمت بصلة الى التجارة الدولية، بالرغم من ان العقد متعلق باستثمار خارجي آت من خارج الحدود [2].

---

١ - C.E. (Ass) Avis du 6 mars 1986. Eurodisneyland, Rev. Arb., 1992, p 397.S.

٢ - Yves Gaudement, l'arbitrage : Aspect de droit public, état de la question, Rev. Arb., 1992. P. 241. Et s.

وهذا الموقف المتشدد من مجلس الدولة الفرنسي، استدعى تدخل المشرع الفرنسي في ١٩٨٦/٨/١٩ لاجازة الخروج عن مبدأ الحظـــر المكرس في المادة ٢٠٦٠ مدني فرنسي [١]، بحيث اصبح التحكيم جائزا عندما تجري الدولة، او المؤسسات العامة، او المجموعـــات المحليـــة، عقودا مع شركات اجنبية، بغية تنفيذ مشاريع لها اهمية وطنية .

وقد حظي الاجتهاد الاداري الفرنســـي، فـــي اطـــار التحكيـــم الدولـــي، بمواقف اجتهادية داعمة له من قبل المحاكم العدليـــة. ففـــي قرارها الصادر بتاريخ ١٩٥٧/٤/١٠، قضت محكمة استئناف بـــاريس بان حظر التحكيم، عندما تكون الدولة طرفا في النزاع، ينحصر فقـــط في العقود الداخلية، بدون ان يتعدى ذلك الـــى الاتفاقـــات ذات الطـــابع الدولي، واضافت : ان الحظر المستمد من المادة ١٠٠٤ أ.م.م. (قديـــم) غير متعلق بالنظام العام الدولي.

وتأكد هذا الاجتهاد على مستوى محكمة التمييز الفرنسية، التـــي قضت في قرارها الصادر بتاريخ ١٩٦٤/٤/١٤ باستبعاد تطبيق المـــادة ١٠٠٤ من قانون اصول المحاكمات المدنية القديـــم، معطوفـــة علـــى المـــادة ٨٣ منه، في مواضيع التحكيم الدولي. واجيز لشخص معنـــوي

---

١ – **Art 2060** : « (L. n° 72 – 626 du 5 juill. 1972) on ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public.
(L. n° 75 – 796 du 9 juill. 1975) « Toutefois, des catégories d'établissement publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre ».

من القانون العام ان يجري عقدا خاضعا لقانون اجنبي، مما يعني، كما قال Jean Robert في تعليقه، انه يعود للدولة ان تقوم في العقود المشابهة بالتنازل عن حصانتها [١] .

وتتلخص وقائع هذه القضية بما يأتي :

اجرى المميز (وهو شخص معنوي من القانون العام) عقدا بشأن نقل حمولة من الذره، من اثيوبيا الى مرسيليا عن متن الباخرة " سان كارلو ". وكان العقد يتضمن بندا ينيط بت المنازعات بلجنة تحكيمية مؤلفة من ثلاثة محكمين من مدينة جنوا.

حصل نزاع على تنفيذ العقد فاقيمت الدعوى امام المحكمة العدلية في مرسيليا التي اعلنت عدم اختصاصها، وايدتها في قرارها محكمة الاستئناف، لوجود بند تحكيمي.

ولدى عرض القضية على محكمة التمييز، ايدت المحكمة العليا ما ذهب اليه قضاة الاساس، لان حظر التحكيم محصور في الاطار الداخلي، ولا يتعدى ذلك الى العقود الشبيهة بالعقد موضوع الدعوى، المتعلقة بالتجارة الدولية.

واستمرت محكمة التمييز الفرنسية على موقفها المؤيد لصحة البند التحكيمي في التحكيم الدولي، عندما يكون احد اطراف العقد من اشخاص القانون العام. ففي قضية شهيرة ابرمت الدولة الفرنسية عقد

---

١ - Cass. 14 avr. 1964, aff. O.N.I.C / Capitaine du S.S. San Carlo, D., 1964. P 837 et s., note Robert.

نقل بضاعة على متن باخرة يونانية، وقد تضمن العقد المذكـــور بنـــدا تحكيميا ينص على حل النزاع بواسطة التحكيم في لندن. وقد رفضـــت الدولة الفرنسية التحكيم، فاقيمت الدعوى، حيث صـــدر بنتجتـــها حكـــم ابتدائي قضى ببطلان البند التحكيمي.

وقد استونف هذا الحكم فقررت محكمة الاستئناف فسخه. فميزت الدولة الفرنسية، مبدية اسبابا مألوفة لحجب التحكيم، منها : انّ ما يـبرر حظر التحكيم، في مثل هذه الحالة، هو الحذر المبدئي وعدم الثقـــة بـــه (méfiance de principe) ، لانه لا يولي الدولة الضمانات اللازمة. غـــير ان المحكمة العليا، ردت هذا الادلاء، واعتبرت ان الحظر المطبق على العقود الداخلية تنتفي مبرراته في حقل التجارة البحرية وحاجاتها، وفـــي ظروف اخرى تقترب منها [١] .

وما يزال جوهر هذا الاجتهاد مطبقا في التحكيـــم الدولـــي. اذ اعتبرت محكمة استئناف باريس في قرارها تـــاريخ ١٩٩١/١٢/١٧ ان الاجتهاد المذكور يكرس استقلالية البند التحكيمي، وارتباطـــه بالنظـــام العام الدولي، ما يحرره من أي قيد ناجم عن القوانين الداخلية، وذلـــك بشأن عقود نفطية ابرمت بين شركة عامة ايرانيـــة، وشـــركة باناميـــة متخصصة بحقل تجارة البترول، تضمنت في معظمها بنودا تحكيميـــة. ولدى نشوء النزاع بينهما، ادعت الشركة البانامية ان البنـــد التحكيمـــي باطل لان الدستور الايراني يفرض الحصول علـــى ترخيـــص مسبق

---

١ – Cass. 2 mai 1966, aff. Trésor public c/Galakis, D., 1960, p 575, note Robert.

باللجوء الى التحكيم، وهذا الترخيص لم يمنح لخصمها الشركة العامة الايرانية.

غير ان محكمة استئناف باريس رفضت هذه الذريعة، معتبرة ان النظام العام الدولي يحظر على الطرف الايراني التذرع باحكام قانونية ايرانية داخلية، لينقض موافقته السابقة على اعتماد التحكيم. كما انه يفرض على الشركة البانامية ان تتجنب الخوض في احكام القانون الايراني الداخلي للطعن بشرعية اللجوء الى التحكيم، باعتبار ان النظام العام الدولي لا يأبه لما يفرضه القانون الداخلي في هذا المجال [1].

كما قضت محكمة استئناف باريس بان نطاق القانون الداخلي الذي يحظر التحكيم على دولة معينة، محصور بالحقل الداخلي. وان هذا الحظر لا يدخل في اطار النظام العام الدولي. وانه يكفي لتعطيل هذا الحظر ان يثبت ان ثمة عقدا دوليا تم توقيعه لحاجات التجارة الدولية، وفقا للشروط المتفقة مع اعرافها [2].

ويتضح مما سبق ان الفقه والاجتهاد الفرنسيين، مجمعان على صحة التحكيم في النطاق الدولي، وعلى عدم صحته في النطاق الداخلي.

---

١ - Cours de Paris, 17 décem. 1991, Soc. Gatoil c/National iranian, Oil company, Rev. Arb. 1993. P 281 et s; note Synvet, Rev. Arb., 1993, p 291.

٢ - Paris, 24 fév. 1994, Aff. Ministère Tunissien de l'équipement c/soc. Bec. Frère, Rev Arb. 1995, cit, p 288.

- **في القانون اللبناني**

كانت المادتان ٨٢٨ و ٨٠٤ من قانون اصول المحاكمات المدنية القديم، تتشابهان مع المادتين ١٠٠٤ و ٨٣ من قانون اصول المحاكمات المدنية الفرنسي القديم، ولا سيما لجهة تحظير التحكيم عندما تكون الدولة وسائر اشخاص القانون العام اطرافا في العقود.

غير ان المادة ٨٠٩ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني الحالي تنص على انه « يعتبر دوليا التحكيم الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية. ويحق للدولة وسائر الاشخاص المعنويين العامين اللجوء الى التحكيم الدولي ».

وقد قطع هذا النص الجدل حول امكان لجوء الدولة الى التحكيم، عندما يكون دوليا، وادخل التحكيم كوسيلة عادية لفض المنازعات الدولية، وبات يكمل دور القضاء، بل يلعب دور القضاء الاختياري او التوافقي.

وعملا باحكام المادة ١/٨١٤ من قانون اصول المحاكمات المدنية، يعترف بالقرارات التحكيمية وتعطى الصيغة التنفيذية اذا اثبت الشخص الذي يتذرع بها وجودها ولم تكن مخالفة بصورة واضحة للنظام العام الدولي. كما ان الفقرة الثانية من المادة ٨١٥ من القانون نفسه، تنص على انه اذا كان التحكيم حاصلا في الخارج، يصح تقديم صورة مطابقة للاصل عن القرار التحكيمي لاجل الايداع واعطاء الصيغة التنفيذية.

واللافت في نص المادة ١/٨١٤ المشار اليها انها قضت باعطاء القرارات التحكيمية الصيغة التنفيذية، ما لم تكن مخالفة بصورة صريحة للنظام العام الدولي، وليس للنظام العام الداخلي، مما يعني انه لا يحق للدولة التذرع بتشريعها الداخلي للتملص من مواقفها في اعتماد التحكيم في عقد ارتضته والتزمت باحكامه. وهذا ما تؤكده قرارات تحكيمية متعددة صدرت في اطار نظام غرفة التجارة الدولية في باريس، او في محاولات تحكيمية اخرى، وهي ترفض محاولات الدول الرامية الى عدم الالتزام بتحكيم سبق لها ان وافقت على اعتماده، اذ ليس لها أن تتنكر لتعهداتها في هذا المجال، سواء كان النص الذي يحظر التحكيم، وتتذرع به الدولة، سابقا او لاحقا للتوقيع على العقد.

ومما قضي به في هذا المجال : ان القاعدة التي تقضي، في القانون الدولي، بوجود استنفاد السبل القضائية الداخلية قبل اللجوء الى المراجع الدولية، لا يعمل بها في مجال التحكيم[١]، ما يعني ان اللجوء الى التحكيم غير مرتبط، وبالتالي غير مشروط، بالمثول المسبق امام المراجع الرسمية المحلية في حال وجودها. وان عدم استشارة اللجنة الخاصة في مجلس الدولة لا يبطل العقد التحكيمي، وان نتيجة الاستشارة تبحث على المستوى المسلكي فقط [٢] .

كما ذهب بعض الفقه الى ان البند التحكيمي يبقى قائما وملزما عند التفرغ عن العقد الاساسي. حيث يقول العلامة الفرنسي فوشار

---

١ – Sentence ELF Aquitaine Iran c/NIOC, 14 janv. 1982, Arb., 1984, cit. p 429, n° 44.

٢ – محكمة النقض المصرية، ق ٦٢، ت حزيران ١٩٦٤، غير منشور

(Fauchard) ، ان التفرغ عن العقد يؤدي الى التفرغ، بـــدون صعوبـــة (Sans difficulté) عن البند التحكيمي، للدلالة على ان المحكم ينظر الـــى العقد في بنوده المعتمدة عند التوقيع، وان التفرغ عنه لا يبدل شيئا فـــي كيانه، فيبقى موجب اعتماد التحكيم بعد التفرغ، كما كان عليه قبله [١] .

ليس هذا فحسب بل إن الفقرة الثانية من المادة ٧٩٥ من قـــانون اصول المحاكمات المدنية، المضافة بموجب المرسوم الاشتراعي رقـــم ١٩٨٥/٢٠، تنص على انه اذا كان الـــنزاع موضـــوع التحكيـــم مـــن اختصاص القضاء الاداري، تعطى الصيغة التنفيذية من قبـــل رئيـــس مجلس شورى الدولة، وفي حال رفضها يعترض علـــى قـــراره لـــدى مجلس القضايا.

ويثير هذا النص المستحدث الوارد تحـــت عنـــوان : « قواعـــد التحكيم في القانون الداخلي » تساؤلا عما اذا كان القانون اللبناني يسمح بالتحكيم في نطاق العقود الادارية الداخلية، طالما انه وارد تحت العنوان المشار اليه، وطالما ان النزاع لا يكون من اختصاص القضـــاء الاداري الا اذا تناول عقدا اداريا.

وهذا التساؤل اصبح حقيقة واقعة اوجد له المشرع اللبناني حـــلا جذريا في المادة الاولى من القانون رقـــم ٤٤٠ تـــاريخ ٢٠٠٢/٧/٢٩ المنشور في الجريدة الرسمية عـــدد ٤٣ تـــاريخ ٢٠٠٢/٨/١ صفحـــة ٥١٨٣، وقد قضت هذه المادة بتعديل عدة مواد مـــن قـــانون اصـــول

١ـ Fauchard, note in Rev. Arb., 1984, p 335.

المحاكمات المدنية، ومنها المادة ٧٦٢ ، حيث ورد في تعديل هذه المادة، النص الآتي : « يجوز للدولة ولاشخاص القانون العام، أية كانت طبيعة العقد موضوع النزاع، اللجوء الى التحكيم ». وقد تضمن التعديل المشار اليه انه « اعتبارا من تاريخ العمل بهذا القانون التعديلي، لا يكون البند التحكيمي او اتفاق التحكيم نافذا في العقود الادارية، الا بعد اجازته بمرسوم يتخذ في مجلس الوزراء، بناء على اقتراح الوزير المختص بالنسبة الى الدولة، او سلطة الوصاية بالنسبة الى الاشخاص المعنويين من القانون العام .

وهكذا يلاحظ ان المشرع اللبناني قطع الجدل حول مسألة خضوع الدولة او عدم خضوعها للتحكيم، فأجاز لها اللجوء الى التحكيم، سواء في العقود الخاصة او في العقود الادارية. غير انه اوجب، فيما يتعلق بالعقود الادارية فقط، ولكي يكون البند التحكيمي نافذا، الحصول على اجازة تعطى بمرسوم في مجلس الوزراء يصدر بناء على اقتراح الوزير المختص بالنسبة الى الدولة، او سلطة الوصاية بالنسبة الى الاشخاص المعنويين من القانون العام.

بقي ان نطرح مسألة تحديد المرجع المختص للطعن في القرارات التحكيمية المتعلقة بنزاع يتناول موضوعه عقدا اداريا، فهل هو محكمة الاستئناف الصادر في نطاقها القرار التحكيمي، او مجلس شورى الدولة ذو الاختصاص في القضايا الادارية علما بان هذه المسألة ما تزال موضوع اخذ ورد في الفقه والاجتهاد الدوليين، لعدم وضوح النصوص.

لم يحدد التشريع اللبناني الجهة المختصة للبت في الطعن استئنافا، او بطريق الابطال، المتعلق بقرار تحكيمي يتعلق بنزاع ذي طابع اداري. فالمادة ٨٠٢ من قانون اصول المحاكمات المدنية تكتفي بوضع قاعدة عامة مفادها ان الاستئناف والطعن بطريق الابطال يقدمان الى المحكمة الاستئنافية الصادر في نطاقها القرار التحكيمي.

ولكنه بعد ابطال القرار التحكيمي، وعملا باحكام المادة ٨٠١ من قانون اصول المحاكمات المدنية، تحل المحكمة الناظرة في استئناف القرار التحكيمي، او في موضوع الدعوى محل المحكم، وتنظر في الموضوع في حدود المهمة المعينة للمحكم، ما لم يتفق الخصوم على خلاف ذلك.

وطالما ان المحكمة التي يستأنف امامها القرار التحكيمي، هي التي تنظر بالدعوى اذا قضت بابطال القرار التحكيمي، فلا بدّ من ان تكون مختصة وظيفيا للنظر في النزاع. فاذا كان النزاع ذي طابع اداري، يقتضي ان يحفظ الاختصاص للقضاء الاداري، والقول بعكس ذلك يشكل خروجا على المبادئ الاولية الراسخة المتعلقة بالاختصاص الوظيفي.

ولا يرد على ذلك بالقول ان المادة ٨٠٢ من قانون اصول المحاكمات المدنية جاءت شاملة بحيث تختص محكمة الاستئناف بالطعن في القرارات التحكيمية مهما كان العقد موضوع النزاع التحكيمي، وبان المادة ٨٠٤ من القانون نفسه تنص على ان الاجراءات الواجب اتباعها في الطعن تتم وفق القواعد والاصول المقررة للخصومة

امام محكمة الاستئناف، وذلك لان القانون المذكور، عندما يحدد المحكمة المختصة للنظر في الطعن والاجراءات الواجب اتباعها لذلك، انما يقصد النزاعات الداخلة ضمن اختصاص القضاء العدلي، دون سائر النزاعات التي لا تدخل اصلا في نطاق تطبيقه، والتي لا يعود له ان ينص على قواعد واجراءات اصول المحاكمة المتعلقة بها. هذا من جهة، ومن جهة اخرى، فلا بد من التوقف عند توجه ملفت من المشرع يساعد على تحديد المرجع المختص للنظر في طرق المراجعة ضد قرار تحكيمي يتعلق بعقد اداري. حيث تضمن قانون اصول المحاكمات المدنية، خلافا لتشريعات اجنبية كثيرة ولا سيما القانون الفرنسي، نصا فريدا هو نص الفقرة الثانية من المادة ٧٩٥ المضافة بموجب المرسوم الاشتراعي رقم ١٩٨٥/٢٠، التي يقتضي التوقف عندها لاستخلاص معالم الحل المناسب لحسم مسألة الاختصاص. وتنص هذه الفقرة، التي اشرنا اليها سابقا، على انه اذا كان النزاع موضوع التحكيم من اختصاص القضاء الاداري، تعطى الصيغة التنفيذية من قبل رئيس مجلس شورى الدولة، وفي حال رفضها يعترض على قراره لدى مجلس القضايا [1] .

---

[1] - الغي نص المادة ٧٩٥ من قانون اصول المحاكمات المدنية، وحل محلها النص الآتي، بموجب القانون رقم ٤٤٠ تاريخ ٢٠٠٢/٧/٢٩، **المادة ٧٩٥ الجديدة** : « لا يكون القرار التحكيمي قابلا للتنفيذ الا بأمر على عريضة يصدره رئيس الغرفة الابتدائية التي اودع أصل القرار في قلمه، بناء على طلب من ذوي العلاقة، وذلك بعد الاطلاع على القرار واتفاقية التحكيم.

ويستخلص من الفقرة المذكورة ما يأتي :

١ - اعتبر المشرع اللبناني، صراحة، ان ثمة منازعات خاضعة للتحكيم تقع في دائرة اختصاص القضاء الاداري، وهذا يعني استنتاجا ان القضاء الاداري هو الذي يكون مختصا بصورة حصرية للنظر في استئناف او ابطال القرارات التحكيمية الصادرة فيها.

٢ - اعطى المشرع اللبناني لمجلس القضايا الاختصاص للنظر في الاعتراض على القرار الصادر عن رئيس مجلس شورى الدولة الذي يرفض منح الصيغة التنفيذية، مما يعني، وعطفا على المادة ٨٠٥ اصول مدنية، ان لمجلس القضايا، اسوة بمحكمة الاستئناف، بالنسبة الى النزاعات الداخلة ضمن اختصاص القضاء العدلي، ان ينظر في الاعتراض انطلاقا من الاسباب التي كان بامكان الخصوم التذرع بها ضد القرار التحكيمي بطريق الاستئناف او الابطال. وهذا يعني، ولو بطريقة غير مباشرة، ان المشرع حدد بوضوح الجهة المختصة، وهي مجلس القضايا، للنظر في اسباب استئناف او ابطال قرار تحكيمي يتعلق بنزاع موضوعه عقد اداري، فلا يجوز بالتالي، ان يكون هناك مرجعان للنظر بالاسباب المذكورة، احدهما اداري، والآخر عدلي.

اذا كان النزاع موضوع التحكيم من اختصاص القضاء الاداري تعطى الصيغة التنفيذية من قبل رئيس مجلس شورى الدولة. وفي حال رفضها يعترض على قراره لدى رئيس مجلس القضايا.

يفهم بالنزاع موضوع هذه الفقرة، النزاع الذي يمكن ان ينشأ بين المتعاقدين في العقد الاداري، عن تفسير هذا العقد او تنفيذه، دون طلبات الابطال بسبب تجاوز حد السلطة التي تبقى حصرا من صلاحية القضاء الاداري ».

ويستنتج من كل ما تقدم، ان اختصاص النظر في طلب ابطال التحكيم موضوع العقد الاداري محفوظ لمجلس القضايا في مجلس شورى الدولة، وليس للقضاء العدلي، الذي يقتضي اعلان عدم اختصاصه في الدعاوى المتعلقة بالطعن في قرارات تحكيمية متعلقة بنزاع يتناول موضوعه عقدا اداريا [1] .

٢ - الناحية الاقتصادية

في ظل الاوضاع الاقتصادية المتنامية باستمرار، وبدون انقطاع، والمتجهة نحو العولمة، تجهد الدول في الوقت الحاضر الى المسارعة في اللحاق بالركب الاقتصادي العالمي، حتى لا يفوتها القطار.

وفي ظل تعدد وظائف الدولة، في الوقت الحاضر، واتجاهها نحو الانماء، بغية تحسين اوضاعها الاقتصادية، عن طريق الاستعانة بالدول المتقدمة علميا وتكنولوجيا، وبشركات القطاع الخاص الكبرى، المتميزة بخبرتها وامكاناتها العلمية والفنية والتكنولوجية، وحسن ادائها.

وفي ظل العقود الدولية المستحدثة كنقل التكنولوجيا، وعقود الليزنغ والمفتاح في اليد، والعقود الائتمانية، والفرانشيز وسواها، ولا سيما عقود ال BOT، وغالبا ما تضمن هذه العقود موادها بنودا تحكيمية من اجل الاسراع في بت المنازعات، في حال حصولها، وتجنب البطء في المحاكمات القضائية، واشراك المتعاقدين في تعيين الهيئة الحاكمة.

---

[1] - محكمة استئناف بيروت المدنية الثالثة، ق ١٩٩٨ ت ٢٠٠٤/١١/٢٥، العدل، السنة ٣٩، العدد الثالث، ٢٠٠٥

وفي ضوء فكرة اللجوء الى اشراك القطاع الخاص في اعمال القطاع العامة الاقتصادية والانمائية، اضحت الدول، بوجه عام، والنامية منها،بوجه خاص، تسعى الى التعاقد مع شركات ومؤسسات القطاع الخاص المتقدمة، من اجل الاستفادة من خبراتها وقدراتها، تطويرا للمجتمعات، وتحقيقا للنماء والتقدم، ولرفع الاعباء عن الموازنة العامة. حتى ولو اضطرت من اجل ذلك الى التضحية ببعض السيادة التي تتمتع بها في المطلق، كالقبول بوضع بند تحكيمي في العقود التي تبرمها مع شركات القطاع الخاص، تحقيقا لسلامة اوضاعها الاقتصادية وتطورها.

ان شركات القطاع الخاص، التي تبرم مع الدولة عقودا ادارية تتضمن بنودا تحكيمية، تطمئن الى هذه البنود التي تضمن لها حسن سير الاستثمار، وسرعة البت في النزاعات. ولكن مصداقية الدول تكون في تطبيق البنود التحكيمية وتوفير الامان الذي تسعى اليه الشركات عن طريق المحاكم الادارية التي تقضي بصحة البنود التحكيمية وتطبيقها. اما اذا وقفت هذه المحاكم بوجه البنود التحكيمية وابطلتها، بحجة مخالفتها مبدأ سيادة الدولة، فيصح التساؤل عن مصير الامان والاقبال على الاستثمار، وهذا ما تدرسه الشركات بعمق وتمعن قبل اقدامها على التعاقد والاستثمار. فاذا تبين لها ان الدولة المضيفة تطبق البنود التحكيمية، وان المحاكم الادارية في هذه الدولة تقضي بصحة هذه البنود اقدمت على التعاقد، والا احجمت عنه. ولذلك فمن المناسب اقتصاديا لجذب الاستثمارات، ان تطبق الدولة البنود التحكيمية، وان لا تحكم محاكمها الادارية بابطال هذه البنود .

وبغية الوثوق بمصداقية الدول في هذا المجال، فهي تعمد الى سن تشريعات بقبول التحكيم في العقود التي تبرمها. كما ان المحاكم عادة ما تسعى جاهدة الى التلطيف من مبدأ سيادة الدولة، بما يتلائم مع تطبيق البنود التحكيمية، على الأقل في العقود الدولية. وبالفعل فقد ذهب الاجتهاد التحكيمي بعيدا في انكار حق الدول في رفض خضوعها للتحكيم، بعد ما تكون قد ارتضته وسيلة لحل نزاعاتها، اذ ان مثل هذا التصرف من شأنه ان ينقض الثقة التي يولدها في ذهن الطرف الآخر، قبول الدول بالتحكيم عند توقيع العقد، وان يناقض الانتظام العام الدولي الذي يرفض بشدة ان تلجأ الدولة، بعدما تكون قد وقعت على بند تحكيمي، الى التنكر لما سبق لها ان وافقت عليه فترفض التحكيم ونتائجه.

وان سيادة الدولة التي تشكل في نظر السلطات الرسمية، الدرع الواقي لحماية أي تغيير يحصل في احد انشطتها الاقتصادية لا تؤدي الى تعطيل صلاحية الهيئة التحكيمية في النظر بالنتائج المالية المترتبة على قرارها، والتي انعكست على العقد الذي اجرته على اساس قاعدتي حسن النية والزامية العقود. فالقرار على المستوى الاستراتيجي يتصل بسيادة الدولة، اما انعكاساته المالية على الطرف الذي ارتبط مع الدولة فتخضع لتمحيص الهيئة التحكيمية. وقد ذهب الاجتهاد مؤيدا من الفقه الى تكريس موجب الالتزام بالتحكيم عند محاولة الدولة تغيير الاوضاع القانونية الداخلية او فسخ العقد [1] .

---

[1] – Mélanges, Gidel, 1961, p 367 et s. et 375, cit. in Rev. Arb. 1984, p 419.

وقد اعتبر بعض الفقه اللبناني ان احترام الدولة لعقودها المتضمنة بنودا تحكيمية وحسن النية في تنفيذها، يدخلان في صميم قواعد الانتظام العام الدولي [1] .

وان الواقع العملي يثبت ان الاجراءات التي تتخذها الدولة لاستجلاب المستثمرين تكون بدون جدوى ما لم يعط هؤلاء ضمانات كافية عن طريق بنود تحكيمية تدرج في العقود. وقد يستدعي الأمر اصدار تشريعات جديدة تسمح بادراج البنود التحكيمية في العقود التي تبرمها الدولة، وبصحة تطبيقها. ومن المعلوم ان تطبيق قاعدة لا ينكر تغير الاحكام بتغير الازمان تستوجب باستمرار اعادة النظر في التشريع بما يتلاءم مع مقتضيات العصر. فالتطور الاقتصادي لا ينتظر صدور التشريع، بل يسبقه فيأتي التشريع ليقر ثمار هذا التطور، فيرسي قواعده او يشذب بعضها مما لا يتفق مع المفاهيم القانونية.وفي جميع الاحوال تقضي الحاجات الاقتصادية، ولا سيما على الصعيد الدولي، ان تستجيب الدول لمبادئ التحكيم، وتطبق البنود التحكيمية، اذ بذلك تكتسب الثقة الجاذبة للاستثمارات ورؤوس الاموال والانتعاش الاقتصادي.

ولقد احسن المشرع اللبناني اذ عدّل، بمقتضى القانون رقم ٤٤٠ تاريخ ٢٠٠٢/٧/٢٩، بعض احكام قانون اصول المحاكمات المدنية المتعلقة بالتحكيم، على الشكل الآتي :

المادة ١ - تلغى نصوص المواد الآتية من قانون اصول المحاكمات المدنية وتستبدل بالمواد الجديدة الآتية :

---

[1] - انطوان بارود، م.س.

المادة ٧٧ الجديدة : الدعوى المتعلقة بصحة او بمخالفة امتياز ممنوح او معترف به من قبل الدولة اللبنانية تقام لدى المحاكم اللبنانية، وذلك مع مراعاة احكام المادتين ٧٦٢ الجديدة فقرتها الثالثة و ٨٠٩ فقرتها الثانية.

المادة ٧٦٢ الجديدة : يجوز للمتعاقدين ان يدرجوا في العقد التجاري او المدني المبرم بينهم بندا ينص على ان تحل بطريق التحكيم جميع المنازعات القابلة للصلح التي تنشأ عن صحة هذا العقد او تفسيره او تنفيذه.

يجوز للدولة ولأشخاص القانون العام ايا كانت طبيعة العقد موضوع النزاع اللجوء الى التحكيم.

اعتبارا من تاريخ العمل بهذا القانون التعديلي، لا يكون البند التحكيمي او اتفاق التحكيم نافذا في العقود الادارية الا بعد اجازته بمرسوم يتخذ في مجلس الوزراء بناء لاقتراح الوزير المختص بالنسبة للدولة او سلطة الوصاية بالنسبة للأشخاص المعنويين من القانون العام.

المادة ٧٧٠ الجديدة : لا يجوز عزل المحكمين الا بتراضي الخصوم جميعا، ولا يجوز ردهم عن الحكم الا لأسباب تحدث او تظهر بعد تعيينهم.

ويطلب الرد للأسباب ذاتها التي يرد بها القاضي.

يقدم طلب الرد الى الغرفة الابتدائية الكائن في منطقتها مركز التحكيم المتفق عليه والا فإلى الغرفة الابتدائية في بيروت وذلك في

خلال مهلة خمسة عشر يوما من تاريخ علم طالب الرد بتعيين المحكم او تاريخ ظهور سبب الرد بعد ذلك.

وقرار المحكمة بهذا الشأن لا يقبل أي طعن.

المادة ٧٨٩ الجديدة : يفصل المحكمون في النزاع وفق القواعد المعينة في المادة ٧٧٦ ما لم يخولهم الخصوم في عقد التحكيم صلاحية فصله كمحكمين مطلقين فيطبقون عندئذ القواعد المعينة في المادة ٧٧٧.

للمحكم، في معرض منازعة تحكيمية قائمة، ان يأمر باتخاذ ما يراه من تدابير مؤقتة او تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع وفق المادة ٥٨٩ من هذا القانون.

يجوز ان يصدر المحكم قرارات وقتية كما له ان يبت جزءا من الطلبات قبل اصدار القرار المنهي للخصومة.

المادة ٧٩٥ : لا يكون القرار التحكيمي قابلا للتنفيذ الا بأمر على عريضة يصدره رئيس الغرفة الابتدائية التي أودع اصل القرار في قلمه، بناء على طلب من ذوي العلاقة، وذلك بعد الاطلاع على القرار واتفاقية التحكيم.

اذا كان النزاع موضوع التحكيم من اختصاص القضاء الاداري تعطى الصيغة التنفيذية من قبل رئيس مجلس شورى الدولة. وفي حال رفضها يعترض على قراره لدى مجلس القضايا.

يفهم بالنزاع موضوع هذه الفقرة النزاع الذي يمكن ان ينشأ بين المتعاقدين في العقد الاداري عن تفسير هذا العقد او تنفيذه دون

طلبات الابطال بسبب تجاوز حد السلطة التي تبقى حصرا من صلاحية القضاء الاداري.

المادة ٨٠٤ الجديدة : يقدم كل من الاستئناف والطعن بطريق الابطال ويجري التحقيق والفصل فيه وفق القواعد والاصول المقررة للخصومة امام محكمة الاستئناف .

الوصف المعطى من الخصوم لطريق الطعن عند تقديمه يجوز تعديله او توضيحه حتى انتهاء مهلة الطعن.

القرار الصادر عن محكمة الاستئناف في الاحوال المبينة في الفقرة الأولى لا يقبل الطعن بطريق الاعتراض ويقبل التمييز طبقا للقواعد العامة .

مع مراعاة احكام المادة الخامسة من قانون اصول المحاكمات المدنية، لا يقبل القرار التحكيمي في التحكيم المطلق التمييز الا في حال أبطلت محكمة الاستئناف القرار المذكور، وينحصر التمييز في هذه الحالة بأسباب البطلان.

المادة ٨٢١ الجديدة : تنطبق على هذا القسم المادتان ٨٠٤ الجديدة و ٨٠٥ فقرة ٢ دون سواهما من المواد المتعلقة بطرق الطعن في التحكيم الداخلي.

الفصل السادس

انهاء عقـــد ال BOT

ينتهي عقد ال BOT ، كسائر العقود الاداريـــة، امـــا بانتـــهاء مدتـــه، او قد ينتهي قبل حلول اجله المحدد، اعمالا لحـــق الادارة فـــي انهاء العقود الادارية بارادتها المنفـــردة، وذلـــك لدواعـــي المصلحـــة العامـــة. وبعد انتهاء العقد لا بدّ من تصفيته المالية. وعلى ذلك فانننــــا نبحث في هذا الفصل، في النهاية الطبيعية لعقد ال BOT ، وفي نهايتـــه غير الطبيعية، وفي تصفيته المالية.

اولا - النهاية الطبيعية لعقد ال BOT - انتهاء المدة

لما كان عقد ال BOT بصورة عامة، من العقود الزمنية حيـــث يمثل الزمن عنصرا جوهريا فيها، فان النهاية الطبيعيـــة للعقـــد تحـــل بانقضاء مدته المحددة. وغالبا ما تتضمن عقود ال BOT حدا زمنيا لها، وربما انجاز الاعمال على مراحل محددة، وفي كل الاحـــوال يقتضـــي وضع حد اقصى لمدة العقد، وقد يتفق الفريقان على تجديد العقد او مـــد مدته المتفق عليها.

وغالبا ما تكون مدة عقد ال BOT طويلة نسبيا. وينتهي العقـــد بانتهاء مدته وتنفيذ الالتزامات التي تترتب عليه كاملة، ولا ســـيما مـــا يتعلق منها بنقل ملكية المرفق العام الى الجهة الادارية المانحة.

واذا تجاوز امد تنفيذ العقد المدة المحددة، فلا يخرج الامر عندئذ عن احد احتمالين : **الاول** هو ان يكون التأخير لسبب راجع الى المتعاقد مع الادارة، وعندئذ يتحمل هو مسؤولية التأخير. **والثاني** : هو ان يكون التأخير لسبب راجع الى الادارة وفي هذه الحالة يجب عليها ان تعوض على المتعاقد معها. اما اذا كان سبب التأخير راجعا الى فعل قوة قاهرة فلا تترتب اية مسؤولية.

ويصح التساؤل عما هو الحل فيما لو لم ينص العقد على تحديد مدة ؟ انه لمن النادر وغير المقبول الا يرتبط عقد ال BOT بمدة محددة، ولكنه بفرض حصول ذلك، فيقتضي في هذه الحالة تطبيق القواعد العامة، وذلك بالرجوع الى نصوص قانونية توجب انهاء العقد، كما هو الامر في عقود الامتياز مثلا. وفي حال عدم توافر نصوص قانونية تحدد مدة العقد، فيعود للقضاء تحديدها بمدة معقولة.

وقد يتم الاتفاق بين الادارة والمتعاقد معها على تجديد عقد ال BOT لمدة معينة او على امتداد هذا العقد. وعندئذ تطبق المدة المتفق عليها. وغالبا ما تتضمن عقود ال BOT مثل هذا التجديد او التمديد. كما هو الامر في الحالات الآتية : قد يتفق في العقد على تجديده، أي على مد فترة استغلاله لمدة اضافية، شرط قيام الادارة باخطار المتعاقد معها بذلك قبل انتهاء الفترة الاولى بمدة لا تقل عن ثلاث سنوات، وذلك من خلال عقد جديد يتم الاتفاق عليه في حينه.

كما قد يتفق الفريقان على ان العقد يسري مرة واحدة فقط لمدة تبلغ عدة سنوات، (مثلا خمسون عاما). ويجدد تلقائيا، ما لم يقم احد

الطرفين باخطار الطرف الآخر، برغبته في انهاء العقد في حدود القوانين والقواعد المنظمة لذلك.

ثانيا – النهاية غير الطبيعية لعقد ال BOT

قد ينتهي عقد ال BOT قبل حلول الاجل المعين في العقد، اما بالاتفاق او قضاء، او بقوة القانون، او من قبل الادارة، او بسحب الالتزام، او عن طريق الاسترداد. وفي جميع الاحوال يخضع القرار الصادر بانهاء العقد الى الرقابة القضائية.

أ – انتهاء العقد باتفاق الطرفين

قد يتفق الطرفان على انهاء العقد قبل حلول اجله، وهذا الاتفاق امر مشروع تطبيقا للقواعد العامة. فالعقد يتكون بارادة الطرفين، ولا مانع من ان ينتهي، قبل ميعاده، باتفاق الطرفين ايضا. على ان ذلك يقتضي ان يعبر كل من الطرفين، ولا سيما الادارة، عن رغبته في انهاء العقد بصورة صريحة، وان يتوافر من الاسباب ما يبرر ذلك.

ب – الانهاء القضائي بناء على طلب المتعهد

قد تتوافر للمتعهد اسباب تؤدي به الى طلب انهاء عقده قضاء ومن هذه الاسباب :

١ – خطأ الادارة الجسيم في تنفيذ التزامات تعديلها لشروط العقد على نحو يخل بالتوازن الاقتصادي للعقد اخلالا جسيما، بصورة تفوق امكانات المتعهد الاقتصادية او الفنية، او بتغيير جوهر العقد وجعله بمثابة عقد جديد، ما كان المتعهد ليقبله لو عرض عليه لدى ابرامه.

٢ – اختلال التوازن المالي نتيجة لظرف طارئ، بحيث ثبت للمتعهد ان هذا الاختلال لن يعيد العقد الى نصابه. وكذلك الامر في نظرية فعل الامير.

ولما كانت منازعات عقود ال BOT تخضع، في اغلب الاحيان، الى التحكيم، فيمكن ايضا ان ينتهي عقد ال BOT بحكم صادر عن هيئة تحكيمية.

ج – انتهاء العقد بقوة القانون

قد ينتهي العقد بقوة القانون، كما هو الامر في الحالتين الآتيتين :

١ – القوة القاهرة : كما لو ادت الحرب المفاجئة الى تدمير المرفق العام، وبصورة عامة ينتهي العقد بزوال موضوعه.

٢ – حالة الوفاة : اذا تضمن العقد نصا ينقضي العقد بمقتضاه اذا توفي المتعهد الاساسي، وكذلك الامر اذا افلس المتعهد او اعسر.

د – انهاء العقد من قبل الادارة

يحق للادارة انهاء العقد الاداري من دون ان يرتكب المتعاقد أي خطأ. وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي هذا المبدأ في حكمه الصادر بتاريخ ١٩٤٢/١٢/٣٠، في قضية (Consorts Simongiovanni) .

ويطلق الفقه والقضاء الفرنسيين اصطلاح " القوة القاهرة الادارية (La force majeure administrative) على اختلال التوازن المالي لعقد الامتياز، نتيجة ظرف طارئ غير متوقع. وهي حالة لا يتطلب القضاء فيها استحالة التنفيذ، بل مجرد قلب توازن العقد نهائيا.

وتعد فكرة القوة القاهرة الادارية من نتاج مجلس شورى الدولة الفرنسي، في حكمه الصادر بتاريخ ١٩٣٢/١٢/٩، في قضية شركة ترام شربورج.

هـ – انهاء العقد بسحب الالتزام او باسقاطه

يعني سحب الالتزام او اسقاطه، انهاء العقد على مسؤولية الملتزم نتيجة لخطأه الجسيم

١ – التمييز بين الاسقاط ونظم قانونية مشابهة

يميز بين الاسقاط والنظم القانونية المشابهة، كوضع المرفق تحت الحراسة ، والاسترداد.

فالتمييز بين الاسقاط ووضع المرفق تحت الحراسة يقوم على الاسس الآتية : ان في كل منهما تستطيع الادارة المانحة ان تفرض الجزاء ولو لم ينص العقد عليه.

ولكنهما يختلفان في ان جزاء وضع المرفق تحت الحراسة اجراء مؤقت لا ينهي الرابطة العقدية، اما جزاء الاسقاط فهو ابعاد الملتزم نهائيا عن ادارة المرفق وانهاء عقده بصورة قطعية.

كما يختلفان في ان وضع المرفق تحت الحراسة هو اجراء تهديدي، يقصد به تهديد الملتزم المقصر، وارغامه على تنفيذ التزامه على وجه صحيح، ولذلك تتولى الادارة المانحة، ادارة المرفق خلال مدة الحراسة، ولكن على حساب الملتزم ومسؤوليته، بينما الاسقاط جزاء فاسخ للعقد.

ويختلفان ايضا في طريقة انهاء كل منهما. ففي الحراسة يستعيد الملتزم ادارة المرفق بناء على انتظامه في تنفيذ التزاماته التعاقدية، بينما في الاسقاط، تقوم الادارة المانحة بتوقيع هذا الجزاء بقرار منها او بحكم من القاضي.

بالنسبة الى التمييز بين الاسقاط والاسترداد، يؤدي كل منهما الى انهاء الرابطة العقدية. ولكنهما يختلفان في ان الاسقاط جــزاء قــاس، يصدر عادة عن قاضي العقد، وفقا لاتجاه الفقه واحكام القضــاء فــي فرنسا، كما يمكن ان يصدر عن الادارة المانحة اذا احتفظت لنفسها بحق توقيع جزاء الاسقاط، بمقتضى بند صريح في العقد، او فـــي كراســة الشروط،بينما يصدر الاسترداد دائما بقرار من الادارة واســتنادا الــى سلطتها التقديرية المراعية لمقتضيات المصلحة العامة.

ويعد الاسقاط عقوبة ترافق الخطأ الجسيم من قبل الملتزم، امــا الاسترداد فهو اجراء تمارسه الادارة مـــن دون خطــأ مــن الملــتزم وتستهدف به النفع العام، وصالح المرفق المدار بطريق الامتياز.

وفي حالة الاسقاط، لا يستحق الملتزم أي تعويض مـــن الادارة، بل قد يتطلب الامر الحكم عليه بالتعويض عن الاضرار التـــي لحقــت بالمرفق نتيجة خطأه الجسيم، في حين ان الاسترداد يرتب حقا كـــاملا للملتزم في التعويض، يشمل ما لحقه من خسارة، وما فاته من كســب، نتيجة انهاء عقده قبل موعده الطبيعي بدون خطأ منه.

٢ – شروط ممارسة اسقاط الالتزام

الشرط الاول : الخطأ الجسيم

يقتضي لتوقيع جزاء الاسقاط، ارتكاب الملتزم خطأ جسيما في تنفيذ التزاماته التعاقدية، على وجه يضر بسير المرفق العام. ومن الامثلة المستمدة من احكام القضاء الفرنسي، لافعال تبرر توقيع جزاء الاسقاط :

- عدم انتظام الطاقة الكهربائية الناشئ عن عدم ملائمة، وعدم كفاية الادوات المستخدمة في استغلال المرفق العام.
- عدم احترام الملتزم للتعريفات والرسوم المحددة بموافقة الامتياز، ورفض امداد الادارة المانحة بالحسابات التفصيلية لعمليات المرفق.
- تنازل الملتزم عن عقده كليا او جزئيا الى الغير من دون موافقة مسبقة من السلطة المختصة.

الشرط الثاني : انذار الملتزم

يتطلب القضاء الفرنسي، تطبيقا للقواعد العامة، وجوب انذار الملتزم قبل توقيع جزاء الاسقاط، وعادة ما تتضمن كراسات الشروط ضرورة قيام الادارة بانذار الملتزم قبل توقيع الجزاء، وتحديد المدة التي يمكن بعدها اتخاذ جزاء الاسقاط، اذا لم يبادر الملتزم الى اصلاح وضعه.

ويعد الاسقاط غير مشروع اذا لم يكن مسبوقا بالانذار . واذا تضمن العقد وجوب اتخاذ اجراءات شكلية معينة، فتجب مراعاتها قبل توقيع الجزاء، كأخذ رأي جهة ما.

ولكنه قد تعفى الادارة من توجيه الانذار في حالات معينة منها :

- اذا تضمن العقد شرطا صريحا باعفاء الادارة المانحة من توجيه الانذار.
- في حال وجود نص تشريعي او لائحي باعفاء الادارة المانحة من الانذار.
- اذا تكشفت الظروف عن عدم جدوى الانذار، كما في حالة اعلان الملتزم بنفسه عن عدم قدرته نهائيا عن استغلال المرفق العام.
- في حالة افلاس الملتزم، او تصفية مشروعه قضائيا، لعدم جدوى الانذار.
- في حالة تنازل الملتزم عن عقده من دون ترخيص مسبق من السلطة المختصة.

ويلاحظ ان هذه الحالات المعفية من الانذار، تتوافق مع القواعد العامة المتعلقة بهذا الموضوع [1] .

---

[1] – م ٢٥٨ موجبات وعقود : « لا يبقى الانذار واجبا :

١ – عندما يصبح التنفيذ مستحيلا

٢ – عندما يكون الموجب ذا أجل حال موضوع لمصلحة المديون ولو بوجه جزئي على الأقل.

الشرط الثالث : السلطة الصالحة لتقرير الاسقاط

استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي على اختصاص قاضي العقد بتقرير جزاء الاسقاط، اذا لم يتضمن العقد او كراسة الشروط، نصا يخول الادارة، صراحة، حق الاسقاط.

اما القضاء الاداري المصري، فقد خول الادارة هذا الحق، ولو لم يرد عليه نص في العقد او في كراسة الشروط. وبهذا المعنى قضت المحكمة الادارية العليا المصرية، بتاريخ ١٩٧٧/١٢/٣٠، بانه ليس صحيحا في القانون، ان جزاء سحب الالتزام او اسقاطه لا يجوز توقيعه الا بحكم من المحكمة المختصة. اذ ان مانح الالتزام له سلطات عديدة يملك استعمالها في حالة عدم قيام الملتزم بالوفاء بالالتزامات المفروضة عليه بمقتضى العقد، فله بقرار منه توقيع الغرامات المنصوص عليها في العقد، او تنفيذ التزامات الملتزم على حسابه، وكذلك له ان يتخذ ما يراه كفيلا لضمان سير المرافق العامة، كما يثبت لمانح الالتزام، بجانب هذه الجزاءات، اسقاط الالتزام،اذا اختل المرفق اختلالا جزئيا او كليا، او اذا ارتكب الملتزم مخالفة جسيمة. وغاية الامر هي ان يتعين توافر شرطين : اولهما : ان يرتكب الملتزم مخالفات جسيمة، او يتكرر اهماله، او يعجز عن تسيير المرفق العام بانتظام. وثانيهما : وجوب

---

٣ - عندما يكون موضوع الموجب المطلوب اداؤه رد شيء يعلم المديون انه مسروق، او كان المديون قد احرزه عن علم، بوجه غير مشروع.

ففي الحالات الثلاث المتقدم بيانها، يكون المديون حتما في حالة التأخر بدون أي تدخل من قبل الدائن ».

اقرار الملتزم قبل توقيع هذا الجزاء. ولا يتطلب الامر حكما من المحكمة المختصة،بل يكفي فيه قرار مانح الالتزام [١].

الشرط الرابع : مراعاة الاجراءات التمهيدية وتعليل قـــرار الاســـقاط وابلاغه الى الملتزم

يقتضي قبل اتخاذ أي قرار بالاسقاط، مراعاة اجراءات تمهيدية، ومنها : اعلام صاحب العلاقة لسماع اقوالـــه، او اجــراء تحقيــق، او اتمـــام بعض اجراءات العلانية، وسواها من الاجراءات التي يفرضـــها القانون. ولذلك يتعين مراعاة هذه الاجراءات قبل اتخاذ قرار الاسقاط.

كما يقتضي قبل اتخاذ قرار الاسقاط، اخذ رأي مرجع معيـــن او هيئة معينة، عندما يفرض القانون استشارة هذا المرجع. وقـــد اســـتقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي على انه اذا كـــان القـــانون قـــد اوجـــب الحصول على عدة آراء متتالية، فيجب اتباع التسلسل الذي نص عليـــه القانون، والا جاء القرار باطلا. وبأنه يجب ان يكـــون الـــرأي متعلقـــا بالموضوع الذي صدر بشأنه القرار، وبالتالي تكون الاستشارة في جزء فيه فقط مؤدية الى بطلان القرار. وبأنه اذا استلزم المشرع اخـــذ رأي موظف معين، فلا يغني عن ذلك اخذ رأي رئيسه.

والمهم في الموضوع هو تعليل قرار الاسقاط. وذلك لان تعليـــل القرارات الادارية اصبح امرا لازما لســـلامة القـــرار الاداري بوجـــه

---

[١] – ورد ذكره في كتاب عقد التزام المرفق العام BOT ، الشهاوي م.س.، ص ٤١٢

عــام. وهو من انجح الضمانات للافراد لانــه يســمح لــهم بمراقبــة مشروعية تصرف الادارة.

ولا تعفى الادارة من تعليل قرارها الا فــي حالــة الاســتعجال المطلق (L'urgence absolue) .

ويقتضي ابلاغ قرار الاسقاط من الملتزم ليسري عليه، ولــه ان يعترض على هذا الاسقاط امام القضاء المختص.

٣ – آلاثار القانونية المترتبة على جزاء الاسقاط

تترتب على جزاء الاسقاط الآثار الآتية :

- انهاء العلاقة التعاقدية، واستبعاد الملتزم نهائيا من استغلال المرفــق قبل انتهاء المدة المنصوص عليها في العقد.
- يتحمل الملتزم وحده الاعباء المالية المتعلقــة باســتمرار تشــغيل المرفق العام.
- يفقد الملتزم التأمين الذي سبق ان دفعه عند ابرام العقد.
- اقامة مزايدة على مسؤولية الملتزم المستبعد من أجل اختيار ملــتزم جديد لتأمين استمرار المرفق العام.

و – انهاء العقد عن طريق استرداد امتياز عقد ال BOT

١ - تعريف الاسترداد ومفهومه

هو طريق استثنائي لانهاء الالتزام قبل انقضــاء مدتــه. ويتــم بموجب قرار يصدر عن الادارة لمصلحة المرفق العام، عندمــا يبــدو

مناسبا لها الا تنتظر انقضاء مدة الالتزام لاستعادة المرفق العام وادارته بالطريق المباشر. ولا يتطلب الاسترداد اتفاقا مع الملتزم، بل هو امر تقديري يعود للادارة في ضوء مراعاته للمصلحة العامة، شرط الا يكون قرارها بهذا الشأن، مشوبا باساءة استعمال السلطة.

ويعرف الفقيه الفرنسي دي لوبادير الاسترداد بانه اجراء منفرد صادر عن الادارة المانحة، في اثناء تنفيذ الالتزام، بغرض انهائه قبل انقضاء مدته العادية، مقابل دفع تعويض للملتزم.

٢ – أهمية الاسترداد واهدافه

يستهدف الاسترداد الموازنة بين اعتبارين :

الاعتبار الاول :

هو ان للادارة المانحة الحق في انهاء العقد وادارة المرفق العام بالاسلوب المباشر، اذا قدرت ان ثمة اسبابا ضرورية لحسن سير المرفق العام وكفالة اداء خدماته بما يحقق المصلحة العامة.

الاعتبار الثاني :

هو ان عقود الامتياز تتطلب تخصيص استثمارات مالية كبيرة لانشاء المرفق العام وادارته، وهذه العقود هي، بحكم طبيعتها، طويلة المدة، لكي يتمكن الملتزم خلالها من تحصيل النفقات التي تكبدها في سبيل الالتزام، والحصول على ارباحه المعقولة. ولذلك يقتضي ايجاد قدر من التوازن في المصالح بين طرفي العقد، مما يوجب على الادارة ان تدفع للملتزم تعويضا مناسبا في حال استرداد الامتياز.

٣ – الطبيعة القانونية للاسترداد

اختلف الفقه الفرنسي حول تحديد الطبيعة القانونية للاسترداد، فقال بعضه : ان الاسترداد هو من قبيل نزع الملكية للمنفعة العامة [١]، وقال البعض الآخر: ان الاسترداد ما هو الا مجرد فسخ لعقد الامتياز، استعمالا من الادارة لحقها في انهاء العقود الادارية، ودون خطأ من المتعاقد، وذلك لدواعي المصلحة العامة [٢]، وقال البعض الثالث : ان الاسترداد لا يكون بحسب طبيعته، نقلا للملكية، ولكنه انهاء للعقد، حيث ينهي مركزا قانونيا،في حين ان التنازل عن الملكية يكون بقصد نقلها لمصلحة شخص آخر. كما ان الاسترداد لا يعتبر بيعا، اذ لا يشترط فيه دفع ثمن، انما يستوجب دفع تعويض يكون مقداره أعلى بكثير من ثمن التنازل عن الملكية، وذلك بسبب الطابع التعويضي [٣].

والحقيقة هي ان الاسترداد نظام خاص من انظمة الاعمال الادارية، له قواعده وطبيعته الخاصة، وان كان يقترب من النظريات المشار اليها. وهو تطبيق خاص لسلطة الادارة في انهاء العقد بارادتها المنفردة. وان فكرة الامتياز بوجه عام تطبق بطبيعة الحال على عقد الامتياز بنظام ال BOT

---

١ – Calson, p 420.

٢ – De laubadère, t 3, p 187.

٣ – Le comte, p 76.

٤ – حـــالات الاسترداد

الحالة الاولى : الاسترداد التعاقدي

هو اتفاق ملزم بين الادارة المانحة، من جهة، والملتزم من جهة اخرى، بمقتضاه تحدد شروط الاسترداد وكيفية تنفيذه، وعلى القـــاضي التقيد بقواعده واحكامه، الا ما كان منها مخالفا للنظام العام، كمـــا لـــو تضمن تنازل الادارة عن حقها بالاسترداد.

والاصل هو ان يتناول الاسترداد المرفق كلـــه، ولكـــن الادارة تستطيع ان تقصر الاسترداد على جانب منه، اذا تضمن العقـــد نصـــا صريحا على ذلك.

بما ان الادارة المانحة تلتزم بدفع تعويض للملـــتزم فـــي حـــال الاسترداد، فلا بد من ان يحدد الاتفاق على الاسترداد كيفية دفـــع هـــذا التعويض.

والواقع هو ان التعويض يكون باحدى صورتين :

الصورة الاولى : تحديد تعويض اجمالي

قد يجري الاتفاق على ان التعويض يجري دفعه مـــرة واحـــدة وبصورة اجمالية. وفي هذه الحالة لا بـــد مـــن ان يشـــمل التعويـــض النفقـــات والمصاريف التي انفقها الملتزم من اجـــل تجـــهيز المرفـــق، واعداده وفقا للاسس المتفق عليها في عقد الامتياز، وما يستحق علـــى الملتزم من سندات واسهم والتزامات. كما يشمل التعويض ايضا ما يفقده

الملتزم من ارباح نتيجة لاسترداد المرفق قبل ميعاده الطبيعي، أي الربح الفائت.

ويتم تقدير الارباح الفائتة، وفقا لمتوسط الارباح الصافية المتحققة خلال عدد معين من السنوات السابقة على الاسترداد، ويدخل في تقدير هذا العنصر الاعباء غير التعاقدية المترتبة على نظرية الظروف الطارئة.

الصورة الثانية : تحديد التعويض على اساس اقساط سنوية

اذا تضمن العقد تسديد التعويض على اقساط سنوية، فيتم دفع الاقساط وفقا لما هو محدد في العقد او في كراسة الشروط. ويشمل التعويض في هذه الحالة : التعويض عن اموال الملتزم المنقولة التي يجب ان تشتريها الادارة مانحة الامتياز، والتي تعتبر كلا لا يتجزأ فيما يتعلق باستثمار المرفق العام. كما يشمل ايضا التعويض عما فات الملتزم من ربح نتيجة استرداد الالتزام قبل موعده الطبيعي.

وغني عن البيان ان تحديد التعويض بمختلف عناصره، يجري من قبل اهل الخبرة.

الحالة الثانية : الاسترداد غير التعاقدي

تقرر هذا الاسترداد الادارة المانحة بارادتها المنفردة، في اثناء تنفيذ عقد الالتزام، من دون وجود تنظيم سابق لاوضاع هذا الاسترداد في وثيقة الامتياز.

ويعد الاسترداد غير التعاقدي تطبيقا لسلطة الادارة في انهاء عقودها الادارية بارادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة.

في هذه الحالة يستحق الملتزم تعويضا كاملا يشمل النفقات التي تكبدها، وما لحقه من خسارة، وما فاته من ربح ويتمتع القاضي بسلطة واسعة في تقدير هذا التعويض، من دون الرجوع الى قواعد التعويض المنصوص عنه في عقد الامتياز للاسترداد التعاقدي. وقد يرى اللجوء الى الخبرة الفنية من اجل تحديد قيمة التعويض. وهو يأخذ في الحسبان قيمة النفقات الضخمة التي تكبدها الملتزم في انشاء المرفق وتشغيله، من دون ان يتاح له، وفقا للمعدلات الاقتصادية، استهلاك هذه النفقات بصورة كاملة خلال المدة الزمنية المتفق عليها في العقد.

الحالة الثالثة : الاسترداد التشريعي

قد يتدخل المشرع في مجال عقود امتياز المرافق العامة، باصدار قوانين خاصة ينظم بواسطتها استرداد بعض المرافق.

وهذا الامر لا يتنافى مع المبادئ القانونية، طالما ان امتياز المرفق العام يتم منحه بقانون، فمن الطبيعي ان يقرر المشرع، لاعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة استرداد احد المرافق او الغاء الامتياز الممنوح بقانون ايضا. فطالما ان السلطة التشريعية هي المرجع الصالح لتقرير منح الالتزام بقانون، فهي المرجع الصالح لاسترداد هذا الالتزام او الغائه بقانون ايضا.

ثالثا – التصفية المالية لعقود ال BOT

لما كان عقد ال BOT يستلزم استعمال انواع مختلفة من الاموال المنقولة وغير المنقولة، يلتزم المتعهد بتأمينها ليتمكن من إنشاء المرفق العام وتشغيله وتنفيذه، فمن الاموال غير المنقولة : العقارات بطبيعتها، والعقارات بالتخصيص، كالاراضي والمباني، والسكك الحديدية ومحطاتها، والانفاق والجسور والمطارات، وسواها. ومن الاموال المنقولة : السيارات، والمواد الخام اللازمة للاستثمار، والآلات والادوات، والعدد، وسواها.

وبما انه يتوجب على المتعهد في عقد ال BOT ، ان ينقل ملكية المرفق العام الى الادارة المانحة، عند نهاية الالتزام، فيقتضي ان تحدد الاموال التي تدخل في المرفق العام لتنتقل ملكيتها، والاموال التي لا تدخل في المرفق العام، والتي تظل ملكيتها للملتزم.

واذا كان من الطبيعي ان الاموال التي تؤلف المرفق العام او تدخل فيها مباشرة، كالاراضي والمباني والمحطات الكهربائية وشبكات المياه وسواها تنتقل ملكيتها الى الادارة، فان بعض الاموال الاخرى قد تكون منفصلة ومستقلة فتظل ملكيتها للمتعهد. وثمة اموال تشكل كلا غير قابل للتجزئة مع اموال المرفق العام، فتنتقل ملكيتها مع اموال المرفق العام.

ونظرا لضرورة فصل الاموال عن بعضها البعض، فقد يحصل خلاف حول طبيعة هذه الاموال، وما اذا كانت داخلة في المرفق العام او منفصلة عنه، فمن المناسب ان يحدد عقد ال BOT ، الاموال المنقولة وغير المنقولة موضوع نقل الملكية، وذلك في صلب العقد او في الوثائق الملحقة به.

وفي كل الاحوال يقتضي ان تسلم الاموال التي تنقل ملكيتها الى الدولة بحالة جيدة وصالحة للاستخدام. وللادارة حق حسم المبالغ اللازمة لاصلاح الادوات التي قصر الملتزم في صيانتها، من مستحقاته عند تصفية الحساب النهائي.

خاتمـــــة

في ختام بحثنا لموضوع عقد ال BOT تمر في البال افكار حــول حصيلة ما توصلنا اليه. فهل يحظى بحثنا هذا بالرضى عما قمنـــا بـــه مـــن جهود من اجل اخراجـــه الى حيز الوجود الفعلي ؟ وهـــل كـــان بامكاننا الاتيان بما هو افضل لكي نوفي الموضوع حقه ؟ هذا الموضوع الماثل حاليا على منعطف تجتمع عنـــده مفـــاهيم الدولـــة الكلاســيكية المتمسكة بمبدأ السيادة ومفاهيم التوسع الاقتصادي وتزايـــد التخصـــص والنجاح في الاعمال، وبالتالي اغراء الدولة في التخفيف مـــن تمســكها بمبدأ السيادة لجهة ما يتعلق بالنظام الاقتصادي الجديد، انســـجاما مـــع الواقع الدولي المعاصر، واتجاهها نحو التكنولوجيا الحديثة فـــي مجـــال الاعمال والنشاط التجاري والاقتصادي الذي يتجاوز حدودها ليمتد الـــى دول العالم الاخرى، ويساهم في تفعيل نظام العولمة.

انه لمن المؤكد ان الباحث مهما حـــاول الاجـــادة فـــي تقصـــي الحقائـــق واكتشاف الجديد المبتكر، لن يكون بمقدوره ان يرضى عـــن نفسه، ويطمئن الى ان ما استطاع التوصل اليه لا يوجد أبعد منه واكمل. هذا هو الانسان الذي يسعى الى الكمال، ولكنه لا يصل اليـــه، فـــهو لله وحده.

انطلاقا من هذه القناعة، وانسجاما مع طبيعة الانسان ومســـتوى قدراته، يمكننا القول، في هذا العمل وسواه، ان الرضى الكـــامل عـــن النفس هو مسألة مستحيلة، فالانسان يتطور بالثواني، والافكار لا تهدأ او تستكين، والعالم في حركة دائمة، والابداع ينتظر باســـتمرار، اولئـــك

المجتهدين والعصاميين ومن فتح الله عقولهم وقلوبهم، واعطاهم العون والصبر على المضي في محاولات الابتكار.

يكفينا اننا عقدنا العزم على اصدار هذا الكتاب، متمسكين بالايمان والاخلاص في العمل، وهذا ما اعطانا الصبر والاناة، من اجل اطلالة جديدة اردناها ان تكون ناجحة ومؤدية دورا نترك للقراء تقدير مستواها، فقد يكون الكتاب ناجحا ومفيدا، كما قد يكون عاديا، والزمن كفيل في الحكم عليه، في ضوء مستقبل الاعمال ومشاركة القطاع الخاص في النهوض بالقطاع العام، وتحسين الاداء، وتقدم المجتمع، مستعينا بالتكنولوجيا، نحو الحضارة والازدهار.

ما نرتاح اليه ونرضى عنه هو اننا لم نقصر في البحث والتقصي. فقد اطلعنا على آخر ما توصل اليه الفقه والقضاء في مجال العقود الادارية ومفهومها وشروطها وتطبيقاتها القضائية. والقضاء الاداري يزخر في تعليل وتحليل هذه المفاهيم، واعطائها الحلول المناسبة، وان كانت لا تخلو من تضارب في الاراء والحلول، وهذا ما يعطي الموضوع غناه، ويحفز الفكر على الدخول في الصراع الدائر، وتكوين الرأي الشخصي، بهدي من الثقافة القانونية، وبتوجيه من قواعد العدالة، التي يعز عليها الا تتحقق.

ما نرتاح اليه هو القاء الضوء على المستوى الدولي لعقود ال BOT ، وسواها من العقود الحديثة، ذات الطابع الدولي، المنبثقة عن قدرة رجال الاعمال على التوسع والانتشار، والابتكار في الحصول على التمويل اللازم، للقيام بالاعمال الضخمة التي يعجز الافراد، كما

تعجز الشركات المحلية الصغيرة والمتوسطة عن تحقيقها، وتستوجب تكوين الاتحادات ، والتعامل مع القطاع العام، لتشمل المجتمع من جميع جوانبه، فتؤثر فيه وتدفعه نحو الرقي والتقدم.

ما نرتاح اليه هو اننا تمكنا من معرفة موقع العالم العربي من خطة العولمة والتكنولوجيا، وواقعه العملي في التنفيذ، اذ تسنى لنا معرفة ان عددا لا يستهان به من مشاريع ال BOT ، يجري تنفيذه في العديد من دول العالم العربي.

وأكثر ما ارتحنا اليه هو الدخول في مسألة التحكيم الذي يتفق عليه في العقود الجارية بين الادارة المانحة من جهة، وشركة المشروع من جهة اخرى، وما اذا كان هذا التحكيم جائزا وممكنا، بوجه عام، مع مبدأ السيادة التي تتمتع به الدولة. واذا كان ممكنا، فإلى أي مدى ؟ فهل ان البند التحكيمي في العقود التي تجري مع الدولة، باطل في جميع الحالات؟ او انه مقبول، فيما يتعلق بالقضايا التجارية، وباطل فيما يتعلق بالقضايا الادارية ؟ او انه صحيح في القضايا التجارية والادارية على السواء ؟

ولقد كان للبنان تجربة حول هذه التساؤلات، دخل، في عمقها، القضاء الاداري، واعطى فيها الحلول التي راقت للبعض، ولم ترق للبعض الآخر. وعلى اثر ذلك تدخل المشرع اللبناني وحسم الامر بتعديله بعض مواد قانون اصول المحاكمات المدنية، ليجيز التحكيم في العقود التي تجري بين الادارة اللبنانية من جهة، وشركات القطاع الخاص، من جهة اخرى. وحسنا فعل، لان التمسك بمبدأ سيادة الدولة،

من اجل ابطال البنود التحكيمية، قد يؤثر سلبا على النشاط الاقتصادي، مع وجود شركات القطاع الخاص الدولية المتقدمة علميا وتكنولوجيا، والتي تحتاج الدول اليها سواء في تنفيذ المشاريع الضخمة، او في اكتساب ثقافتها، وما ينتج عن ذلك من تحسين في اداء الدول.

ولقد اصبحت هذه الشركات تفرض شروطها، اكثر مما تستطيع الدول ذات السيادة ان تتحكم بها، وذلك لان الدولة بحاجة ماسة الى قدرات شركات القطاع الخاص. وبالتالي فان الواقع العملي الحالي يوجب على الدول القبول بمبدأ التحكيم في العقود التي تجري بينها وبين شركات القطاع الخاص الدولية.

لقد اتاحت لنا دراسة عقد ال BOT الدخول الى العقود الدولية الاخرى، فقابلنا بينه وبينها، كما قابلنا بينه وبين العقود العادية المختلفة، وهذا امر بديهي، لان القواعد القانونية تتميز باستقرارها مدة من الزمن. وان تغيرت، وفقا لمتطلبات الواقع العملي والتطور، فان تغيرها لا يجري الا ببطء وحذر. وكلما كانت القاعدة القانونية راسخة، كلما كانت ركيزة مهمة لقواعد لاحقة. والدليل على ذلك هو ان معظم العقود الحديثة، استندت على القواعد الاصلية الراسخة. فعقد التأجير التمويلي مثلا، وان كان يتمتع بالحداثة، الا انه مزيج من عقود كلاسيكية معروفة، كعقود الايجار والبيع والوعد بالبيع والوكالة وسواها. وعقد ال BOT نفسه، يرتكز على قواعد ثابتة منها : العقد الاداري وعقد الاشغال العامة، والامتياز وسواها.

ان المساحة الواسعة التي تجول فيها العقود الحديثة، تلقي الضوء على العالم كله، وتتيح للفكر مجال الانطلاق من حدود ضيقة الى حدود واسعة تتجاوز الدول لتشمل الارض كلها، وربما الكواكب.

وان الفكر الانساني لا يعرف الحدود. وعظمة هذا الفكر منبثقة من عطايا الله، الذي اعطى الانسان امكانية التقدم، ولكنه لم يمكنه من بلوغ الكمال، ليعطيه الفرصة في محاولات مستمرة لبلوغه، وفي شتى الميادين، ولكنه يبقى انسانا بكيانه وصفاته.

واخيرا اذا كان عقد ال BOT يستلزم الاهتمام على الصعيد القانوني، لما يتمتع به من صفات دولية، وقدرة على التنفيذ، فثمة عقود دولية اخرى بحاجة الى البحث والتعمق منها: العقد الالكتروني، وعقد نقل التكنولوجيا، وعقد الفرانشيز وسواها من العقود، وعسى ان يكون لنا اطلالة جديدة عليها، في وقت قريب.

صدر للمؤلف

- **موسوعة «الكامل في قانون التجارة» في أربعة أجزاء هي:**

الجزء الأول : **المؤسسة التجارية**، طبعة ثالثة ١٩٩٩

الجزء الثاني : **الشركات التجارية**، طبعة ثالثة ١٩٩٩

الجزء الثالث : **عمليات المصارف**، طبعة ثالثة ١٩٩٩

الجزء الرابع : **الأفلاس**، طبعة ثانية ١٩٩٩

- **موسوعة «العقود المدنية والتجارية»:**

الجزء الأول : **أركان العقد**، طبعة ثانية ١٩٩٧

الجزء الثاني : **مفاعيل العقد**، طبعة ثانية ١٩٩٨

الجزء الثالث : **التنفيد العيني للعقد**، طبعة ثالثة ٢٠٠٣

الجزء الرابع : **التنفيذ البدلي للعقد**، طبعة ثالثة ٢٠٠٤

الجزء الخامس : **الوسائل الممنوحة للدائن كي يتمكن من تنفيذ الموجب المستحق له**، طبعة ثانية ١٩٩٥

الجزء السادس : **مرور الزمن المسقط**، طبعة ثانية ١٩٩٨

الجزء السابع : **حل العقود**، طبعة أولى ١٩٩٣

الجزء الثامن : **عقد البيع**، طبعة أولى ١٩٩٥

الجزء التاسع : **البيوع الخاصة**، طبعة أولى ١٩٩٧

الجزء العاشر : **البيوع البحرية**، طبعة أولى ٢٠٠٢

الجزء الحادي عشر : **عقد الوصية** ٢٠٠٦

- **موسوعة الشركات التجارية**

الجزء الأول : **الأحكام العامة للشركة**، طبعة ثانية ٢٠٠٣

الجزء الثاني : **شركة التضامن**، طبعة ثانية ٢٠٠٣

الجزء الثالث : **الشركة القابضة (هولدنغ) والشركات المحصور نشاطها خارج لبنان (أوف شور)**، طبعة رابعة ٢٠٠٣

الجزء الرابع : **شركة التوصية البسيطة وشركة المحاصة**، طبعة ثانية ٢٠٠٤

الجزء الخامس: **شركة الشخص الواحد** طبعة أولى ١٩٩٦

الجزء السادس: **الشركة المحدودة المسؤولية**، طبعة أولى ١٩٩٨، طبعة ثانية ٢٠٠٦

الجزء السابع : **تأسيس الشركة المغفلة**، طبعة أولى ٢٠٠٠

الجزء الثامن : **الأسهم**، طبعة أولى ٢٠٠٤

الجزء التاسع : **سندات الدين وحصص التأسيس**، طبعة أولى ٢٠٠٥

- **سلسلة «أبحاث قانونية مقارنة»**

١ - **البند الجزائي في القانون المقارن وفي عقد الليزنغ ١٩٩١**

٢ - **الحساب الجاري في القانون المقارن ١٩٩٢**

٣ - **وديعة الصكوك والأوراق المالية في المصارف وإيجار الخزائن الحديدية ١٩٩٣**

٤ - **عقد المفتاح في اليد ١٩٩٩**

٥ - **عقد الليزنغ في القانون المقارن** طبعة أولى ١٩٩٩

- **نظام الخبراء ووكلاء التفليسة ومراقبي الصلح الاحتياطي، طبعة ثانية ١٩٩٤**

الوصية

الجزء الأول: الوصية لغير المسلمين ٢٠٠٣

الجزء الثاني: الوصية للمسلمين وفي القانون الدولي الخاص ٢٠٠٣